



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES
ESPIRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y
DESARROLLO

**LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES, SU PERTINENCIA Y
CADUCIDAD EN EL DERECHO
PROCESAL CIVIL ECUATORIANO**

Trabajo de investigación que se presenta como requisito para obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

Autora: Isabella Pazmiño Vinueza

Tutor: Nicolás Cassís Martínez

SAMBORONDÓN, ENERO DE 2013

Samborondón, enero de 2013

Sr. Dr.

Juan Trujillo Bustamante

Decano

Facultad de Derecho, Política y Desarrollo

Presente

En mi calidad de tutor de la estudiante **ISABELLA PAZMIÑO VINUEZA**, estudiante de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la UEES.

CERTIFICO:

Que he analizado el trabajo de investigación con el título: *“LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, SU CADUCIDAD Y PERTINENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO”*, presentado por la estudiante de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, **ISABELLA PAZMIÑO VINUEZA**, con código estudiantil 2007081149, como requisito previo para optar por el Grado Académico de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador y considero que dicho trabajo investigativo reúne los requisitos y méritos suficientes necesarios de carácter académico y científico, por lo que lo apruebo.

Muy Atentamente,

DR. NICOLÁS CASSÍS MARTÍNEZ

A mi papá, la persona más objetiva que conozco.

ÍNDICE GENERAL

Introducción

CAPÍTULO I

Págs.

1

3

Justificación	5
CAPÍTULO II	7
2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	
2.1. Presupuestos de las medidas cautelares	10
2.2. Características de las medidas cautelares	18
2.3. Clasificación de las medidas cautelares	22
2.4. Las medidas cautelares en nuestro CPC	26
2.5. Otras medidas cautelares en la práctica del Derecho ecuatoriano	61
2.6. La caducidad en la legislación procesal civil Ecuatoriana	67
2.7. La caducidad por inactividad	68
FUNDAMENTACIÓN LEGAL	
3. HIPÓTESIS	82
4. DEFINICIONES CONCEPTUALES	83
CAPÍTULO III	86
Diseño de la investigación	
Población y muestra	
Conceptualización y operacionalización de las variables en indicadores	87
Instrumentos de recolección de datos	88
Técnicas de investigación y pasos a utilizar	
CAPÍTULO IV	91
Análisis e interpretación de resultados	
CAPÍTULO V	99
Conclusiones	
Recomendaciones	100
CAPÍTULO VI	101
Estudio comparativo entre el Borrador del Código Procesal Unificado y el Proyecto del Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal	103
El delito de prevaricato	105

Referencias bibliográficas	108
Bibliografía	110
Anexos	112
Encuesta	114
Entrevista	116

ÍNDICE DE GRÁFICOS	Págs.
Figura 1: Reforma al CPC	92
Figura 2: Medidas cautelares reconocen un derecho	94
Figura 3: Medidas cautelares son acción preventiva	95
Figura 4: Medidas cautelares son diligencia previa	96

RESUMEN

La metodología utilizada en la presente investigación tiene un enfoque mixto; es decir, cuali cuantitativo porque utiliza tanto encuestas y gráficos para medir la factibilidad de la propuesta como información sin medición numérica como lo son la historia, presupuestos, características y clasificación de las medidas cautelares y su aplicación en el derecho ecuatoriano que se obtienen de las fuentes primarias como libros de Derecho Procesal Civil, Civil, Penal, Procesal Penal y Constitucional y la entrevista a la Dra. Vanesa Aguirre.

Se recomienda que en la práctica los jueces cumplan la disposición del Art. 897 del CPC que establece que las medidas cautelares se podrán solicitar antes de presentar la demanda y en cualquier momento del juicio. En el primer caso se solicitan bajo el nombre de providencias preventivas como diligencias previas también conocidas como preparatorias. La propuesta de una reforma parcial al CPC pretende modificar solo un artículo que concierne al tema de este trabajo de investigación; es decir a la pertinencia, aplicación y caducidad de las medidas cautelares. Se propone agregar en el Art.1000 del CPC a la caducidad de la inscripción de la demanda, la caducidad de la medida cautelar que durante el juicio o antes de éste –como ya se mencionó- se haya dictado con el fin de lograr la igualdad de condiciones en la que no se encontraren en el caso que, habiendo el actor dejado de perseguir la acción principal, sigue vigente la medida cautelar sobre la persona o el patrimonio del demandado. Para evitar esta desigualdad también se propone que el delito de prevaricato se castigue con una pena mayor, pues encontrándose una de las partes en ventaja frente a la otra, es fácil que la parte afectada no pueda acceder a la tutela judicial efectiva.

ABREVIATURAS

CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código de Procedimiento Penal
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CCo	Código de Comercio
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
IFI	Institución del Sistema Financiero
LGIF	Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

RO	Registro Oficial
UASB	Universidad Andina Simón Bolívar
UCSG	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
UEES	Universidad de Especialidades Espíritu Santo
USFQ	Universidad San Francisco de Quito

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares como su nombre lo indica, son las que sirven para prevenir que la parte vencedora que normalmente es el actor, no quede burlado en su derecho. Si el proceso fuera instantáneo, no habrían medidas cautelares pues éstas se confieren provisionalmente para prevenir el daño que amenaza el derecho mientras dura el litigio. Se las define como actos de aseguramiento de actuaciones procesales específicas que subsanan la imperfección del proceso jurisdiccional.

En el proceso cautelar predomina el principio dispositivo o principio de justicia rogada, según el cual, la iniciación del proceso cautelar se produce siempre a petición de parte; sin embargo en vista que las medidas cautelares son actos procesales de carácter jurisdiccional que pueden ser adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él -excepcionalmente según Podetti- pueden dictarse de oficio.

Toda pretensión cautelar es accesoria con respecto a una pretensión principal en la que se actuará el derecho. Al proceso cautelar se contraponen el definitivo que puede ser ejecutivo, ordinario y verbal sumario, pero nunca contencioso administrativo, porque contra el Estado no caben medidas cautelares. Tampoco caben dos medidas cautelares sobre el mismo bien a petición del mismo acreedor, sino a petición de distintos acreedores. Las medidas cautelares han sido consideradas durante mucho tiempo y especialmente por la doctrina alemana, como “un apéndice de la ejecución forzada” (Calamandrei 1996) pero se ha demostrado que las medidas cautelares también se confieren en procesos de cognición, después de un procedimiento sumario, meramente informativo y al amparo de su urgencia, sin audiencia de la parte afectada (Salcedo 2006) de acuerdo al Art. 98 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano. Se posterga la garantía constitucional de la defensa para que la medida sea efectiva, pues en caso contrario, podría frustrarse. Se las compara con la sombra al cuerpo, porque son el “instrumento del

instrumento” según Calamandrei. Cuando ordenan la conservación o mantenimiento del estado de las cosas existentes del demandado tienen una actividad “de tipo policial” dentro del proceso.

En el Capítulo I se describe el planteamiento del problema, sus causas y consecuencias, los objetivos generales o específicos que se pretenden lograr y el porqué se eligió este tema que nos permite determinar si en efecto la aplicación, pertinencia y caducidad de las medidas cautelares garantizan la tutela judicial efectiva.

El Capítulo II desarrolla los marcos teórico y conceptual en los cuales se exponen las diferentes opiniones de autores y las definiciones de términos de importancia para el estudio de las medidas cautelares, así como sus presupuestos, características, clasificación, naturaleza jurídica y se plantea la hipótesis.

En el Capítulo III se desarrolla la metodología empleada, siendo el enfoque cuali cuantitativo y el estudio de carácter científico-jurídico. Se mencionará cómo las muestras fueron obtenidas y se hará referencia a la recopilación de datos, textos e información jurídico.

En el Capítulo IV se encuentran graficados los resultados de las 100 encuestas realizadas a personas con conocimientos en derecho que responden a cinco preguntas relacionadas con la aplicación, pertinencia y caducidad de las medidas cautelares.

El Capítulo referente a la propuesta es el V en el que se transcribe el Art. 1000 del CPC y se le agrega la caducidad de la demanda que constituye el eje central de este capítulo. También se plantean los objetivos principal y específicos de la propuesta.

El último Capítulo es el VI y es el que menciona las conclusiones y recomendaciones. Las primeras agrupan los conceptos desarrollados en los capítulos anteriores y las segundas son observaciones al CPC y al CP.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La institución de las medidas cautelares tiene su origen histórico en el derecho romano, en las instituciones de la *manus iniectio* y *signoris capio*. La primera era la aprehensión material que el acreedor hacía de su deudor y la segunda, era la aprehensión material en contra de los bienes del deudor.

Las medidas cautelares en la actualidad en la legislación procesal ecuatoriana no tienen un plazo de caducidad, por lo que se vulneran el derecho al debido proceso y las garantías básicas a las que se refiere el Art. 76 de la Constitución. En vista de que la ley no ha estipulado la caducidad de la medida cautelar, que busca proteger los derechos de la parte que posteriormente espera se resuelva sobre el fondo del derecho reclamado en el proceso principal, se crea una situación de desigualdad *inter partes*.

Deviene entonces como causa principal del problema la caducidad de las medidas cautelares como solución para el retardo procesal en la resolución de las causas y como manifestación del principio de celeridad mencionado en el Art. 75 de la Constitución cuando se pretende garantizar la tutela judicial efectiva mediante estas medidas.

Por lo tanto, deberá reformarse el Código de Procedimiento Civil con la debida aprobación de la Asamblea en sendos debates, para que se agregue la disposición legal que establezca un plazo para que caduquen

las medidas cautelares siendo éstas previas a la declaración de la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o dictadas antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta. Así como se dicta su ejecución, también deberá dictarse su caducidad.

Formulación del problema

¿Cuál es el efecto de la caducidad de las medidas cautelares?

Sistematización del problema

¿Qué se pretende lograr estableciendo un plazo perentorio para las medidas cautelares?

¿Hasta cuándo la medida cautelar dictada en un proceso civil es efectiva para que el actor reclame su derecho?

¿En qué momento la medida cautelar se convierte en un perjuicio para el procesado al no tener un plazo de caducidad?

Objetivo general

Determinar en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano el plazo pertinente que declare la caducidad de la medida cautelar cuando, habiendo sido ésta dictada por el juez como acción preventiva, el actor ha dejado de impulsar la causa principal que la originó.

Objetivos específicos

Demostrar que las medidas cautelares no juzgan el reconocimiento de un derecho.

Aclarar en qué y hasta qué momento del proceso pueden plantearse y concederse las medidas cautelares.

Elaborar un proyecto de ley de reforma del Código de Procedimiento Civil agregando en el artículo pertinente la caducidad de las medidas cautelares.

Justificación

Es importante el estudio de la aplicación de las medidas cautelares, su pertinencia y caducidad en el derecho procesal civil ecuatoriano, porque la institución de las medidas cautelares como medio para garantizar el debido proceso se encuentra amenazada ante la falta de legislación procesal civil que establezca su caducidad.

El desarrollo del presente trabajo es conveniente, porque se deben exponer las razones de ser de las medidas cautelares y determinar los presupuestos que originan su adopción, ampliándose el Art.1.000 del Código de Procedimiento Civil estableciendo un plazo de caducidad para la medida cautelar dictada por el juez, toda vez que el actor no impulse la acción principal.

Es factible establecer un tiempo para que caduquen las medidas cautelares en la legislación procesal ecuatoriana, como en su momento la legislación penal estableció la caducidad de la prisión preventiva, porque el derecho está en constante evolución y conviene proponer a la Asamblea reformas de ley que favorezcan a las partes y agilicen la sustanciación de procesos.

Con los resultados de la investigación los más beneficiados serán las partes en un proceso litigioso que se disputen un derecho y especialmente el demandado, pues podrá solicitar que el juez de lo civil que sustancie la causa declare la caducidad de la medida cautelar cuando el actor no impulse la acción principal. También el juez se verá obligado a agilizar los procesos judiciales en los que se hayan dictado medidas cautelares, porque deberá a petición de parte, revocar las medidas cautelares que de acuerdo a la ley caducaren.

La caducidad de las medidas cautelares es una solución práctica al problema, porque constituye una derogación tácita para todo embargo,

secuestro, retención y prohibición de enajenar bienes raíces muebles e inmuebles que el juez haya dictado y que el afectado por la imposición de la medida haya solicitado se revoque por haber transcurrido el tiempo que el actor tenía para impulsar la acción principal.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

En el derecho romano, una vez trabada la *litis* con la contestación de la demanda, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada –esto es, no podía ser sujeto de medida cautelar alguna- de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención.

La acción de la *Pignoris Capio* hace alusión a la prenda como la conocemos en la actualidad, pero en la época de los romanos consistía en la enajenación de que hacía el acreedor de los bienes del deudor sin la intervención del magistrado. También era un medio de coacción que utilizaba el magistrado para embargar los bienes de la persona que desobedecía sus mandatos.

En el derecho español, en las Siete Partidas, específicamente en la Tercera, existen normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda.

Los códigos procesales decimonónicos contemplaron diversos mecanismos para resguardar los eventuales derechos del demandante y, de este modo, evitar futuros fraudes a la acción de la justicia, pero sin introducir

ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso. La doctrina del siglo XIX comenzó a abordar el tema cautelar de la mano del proceso ejecutivo.

Para el tratadista italiano Chiovenda (1999) "(...) el actor es quien **a cuenta y riesgo** debería responder por los daños causados por la revocación o desistimiento de la acción principal que llevó a que se interponga la medida cautelar."

Chiovenda entiende a la medida cautelar como una acción y hace referencia a sentencias provisionales o asegurativas. Se pronuncia al respecto:

"Pura acción, desde que el demandado no ha tenido obligación alguna de asegurar al actor la efectividad de su derecho antes del pronunciamiento judicial que así se lo impusiera, y que no se apoya en el quebrantamiento de ninguna relación preexistente a ese respecto" Chiovenda (1999).

Mientras que Calamandrei (1996) defiende la teoría que la medida cautelar tiene la naturaleza jurídica de una providencia particular y específica, una providencia cautelar, distinta a cualquier otra providencia que emite la jurisdicción, porque para él los varios tipos de acción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa. Calamandrei considera que la providencia cautelar no constituye un fin en sí misma, porque está atada a una providencia definitiva o principal, de fondo. Calamandrei se refiere también a las medidas cautelares como declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva.

Carnelutti (1956) defiende la teoría que la providencia cautelar es autónoma y obedece a un proceso cautelar autónomo, desde el punto de vista procedimental, porque es la expresión última de un proceso animado por un propósito específico y por lo tanto, con consecuencias jurídicas propias. Pero Carnelutti como Calamandrei define el proceso cautelar como el que garantiza otro proceso, estableciendo previamente una

cautela. Dice que no puede ser independiente y que “el proceso definitivo no supone el proceso cautelar; pero el proceso cautelar sí supone el proceso definitivo.”

Eduardo Couture (1958) defiende la teoría de la sentencia cautelar sin dejar de destacar que a ésta se la llama indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc.

“El tema de las medidas preventivas o cautelares tiene que ver con las más disímiles actuaciones, porque son de aplicación en procesos tales como el ordinario, ejecución, verbales, divisorios, quiebras y sucesión para citar algunos.” López Blanco (2009).

El maestro Jaime Guasp (1968) considera al embargo como un derecho de tipo real al cual le concurren dos características: que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos. Para él los derechos de prenda e hipoteca son modalidades de embargo, porque según indica: “(...) en sustancia lo que la prenda e hipoteca proporcionará a sus titulares no es más que una afectación predeterminada del bien pignorado o hipotecado a la futura y eventual ejecución que puede seguirse para la satisfacción del crédito (...)”. No se comparten estas teorías, en primer lugar porque el embargo recae solamente sobre derechos reales, sino también sobre derechos personales, universales, de crédito e inmateriales no vinculados a una determinada cosa como indican Quiroga (1985) y el numeral dedicado al embargo de marcas, derechos de autor y propiedad industrial por citar un ejemplo. En segundo lugar y como se indicará más adelante, la prenda e hipoteca son cauciones y no modalidades de embargo. El embargo se relaciona con este tipo de cauciones en cuanto a que se practica de manera preferente sobre los bienes hipotecados o dados en prenda como lo establecen los Arts. 439 y 442 del CPC.

2.1. Presupuestos de las medidas cautelares

Las medidas cautelares dependen de dos presupuestos:

2.1.1. El tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y sobre los derechos que se pretenden propios. El peligro que lleva el tiempo en el litigio o peligro en la demora, también conocido como *periculum in mora* consiste en otorgar una medida cautelar para disipar el peligro que significaría dejar que las cosas sigan su curso normal en el proceso. Se debe constatar que la demora en otorgar la medida crearía una frustración, riesgo o estado de peligro del derecho invocado por el actor. Tiene que existir un posible daño, un temor del daño inminente que imposibilite o vuelva inoperante el fallo. El daño jurídico está derivado en un retraso en la administración de justicia y en el hecho que en ese lapso de tiempo el deudor pueda ocultar bienes o declararse insolvente. El Dr. Ernesto Salcedo (2006) dice que en el Ecuador a este requisito de cautela se lo conoce como *suspectio debitoris* que ocurre cuando “existe un peligro en la efectividad de la sentencia por el temor o recelo de la insolvencia del deudor o de la ocultación de los bienes de éste.” La ley presume la posibilidad del perjuicio, por lo que es una presunción iuris tantum. El peligro tiene que ser real, así como lo deberá ser el temor de quien invoca un derecho que durante el tiempo que transcurre hasta que su derecho sea reconocido judicialmente como cierto, éste -el derecho- pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable sea voluntaria o naturalmente.

2.1.2. El derecho tiene que ser verosímil. Es el humo de buen derecho o *fumus bonis juris* que consiste en dar apariencia de razón bien fundada. Las probabilidades sobre la existencia del derecho, considerando las circunstancias que rodean la causa, deben aparentar que la pretensión sea viable. La pretensión o derecho invocado no pueden ser ilusorios, ya que la medida cautelar no se concede al actor porque ostenta un derecho indiscutido, sino porque a simple vista o prima facie acredita un buen derecho

invocado. No puede exigirse, sin embargo, la certeza del derecho porque para eso existe el juicio principal. El juez solo deberá formarse una opinión de credibilidad, pero la apariencia según Fernández López (1991) tiene que ir acompañada a la presentación de documentos por lo que, para que la pretensión parezca amparable debe ser acreditada con una prueba instrumental. Así lo demuestra el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en sus Arts. 421, 422 y 423 en el caso de las medidas precautorias propias del juicio ejecutivo, en las que el juez ordena que se presenten pruebas tanto documentales como testimoniales que justifiquen los bienes del deudor o demandado ya sea mediante certificado del Registro de la Propiedad, título hipotecario, sentencia ejecutoriada o información sumaria de testigos. En el caso de las providencias preventivas, el Art. 899 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano claramente establece que para que se ordene el secuestro o la retención es necesario “que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito”.

- 2.1.3. El depósito de una fianza o caución también conocido como contracautela¹ es un presupuesto de las medidas cautelares que autores como Palacio, Podetti, Peláez (2010), Díaz (2007) y Calamandrei piensan que también debe ser considerado. La caución, que no se admite en los actos de los incapaces de acuerdo al Art. 1463 del Código Civil, consiste en la garantía que debe otorgar quien solicita la medida cautelar y se beneficia de ella a fin de asegurar la reparación de daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar hubiere sido pedida sin derecho y resultare injustificada por innecesaria o maliciosa. Es una medida de seguridad en defensa del deudor que “protege contra el exceso de protección” Omeba (1979).

La caución es un resguardo del riesgo al que queda

¹ La denominación pertenece a Chiovenda.

expuesto el demandado. La caución como acto jurídico procesal se integra de siete elementos: 1) la existencia de una norma legal que autorice al juez imponer la obligación de prestar caución; 2) la situación de hecho prevista en la norma; 3) el requerimiento del adversario de rendir caución cuando éste tenga la facultad de solicitarla; 4) la calificación judicial de la procedencia de la caución; 5) el ofrecimiento de la caución; 6) la calificación judicial de la idoneidad de la caución propuesta; y 7) el otorgamiento efectivo y la documentación de la caución.

La caución se ejecuta cuando se demuestra que la medida cautelar ha sido indebidamente solicitada y otorgada y resulta infundada y se rinde antes de la ejecución de la medida. Como las medidas cautelares, las cauciones también pueden ser de carácter personal o real (la fianza, como ejemplo de la primera; la prenda y la hipoteca, como ejemplo de la segunda de acuerdo al Art.595 del Código Civil).

2.1.3. a) La fianza es la responsabilidad, simple o solidaria, que asume un tercero de pagar lo que deba su afianzado. Por lo tanto, la fianza siempre implica tres personas: deudor, acreedor y fiador. Para que se ejecute la fianza el deudor tiene que incumplir su obligación, por lo que se sobreentiende que el fiador no es deudor directo de la obligación principal. La fianza depende de la obligación principal, y en caso de que ésta se anule, rescinda o extinga, también lo hará la fianza.

La fianza dada en garantía de un fiador o subfianza a la que se refiere el inciso segundo del Art. 2238 del Código Civil es la garantía del garante.

2.1.3. b) La prenda es un derecho real por el cual una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación. Si la obligación es dada por un comerciante o con motivo de una operación comercial, se llama prenda comercial. De acuerdo al Código de Comercio la prenda puede ser comercial ordinaria, especial de comercio o agrícola industrial. Es agrícola industrial cuando los objetos sobre los que recae son cosas destinadas a la explotación rural como animales, herramientas, frutos, productos forestales y maquinarias según el Art. 579 del Código de Comercio. El acreedor es el que tiene el derecho de posesión y la facultad de enajenar la cosa mueble en caso de incumplimiento. El concepto que da el Código Civil de prenda en el Art. 2286 se considera incompleto, pues la prenda es mucho más que la cosa empeñada o entregada. La prenda es una garantía que sirve de resguardo al acreedor prendario para hacer valedera su obligación que, en caso de pago o cumplimiento, deberá devolver. La tenencia de la cosa está bajo el poder del acreedor, quien podrá retenerla pero no usarla. La prenda al igual que la hipoteca es indivisible y quien la entrega deberá ser su dueño o deberá tener autorización del dueño, por lo que no hay problema de dar en prenda una cosa ajena.

2.1.3. c) La hipoteca es una garantía real accesoria e indivisible que recae solamente sobre bienes inmuebles y que da el deudor por el cumplimiento de una obligación propia o ajena, pero que permanece en su poder. El Art. 2309 del Código Civil la define como un derecho de prenda y ésta se encuentra explicada en el Título XXXVI del Libro IV del Código Civil por ser un contrato solemne. Se considera que la hipoteca también es un gravamen, pues recae sobre una determinada cosa y se transfiere junto con el dominio de la cosa.

La hipoteca le confiere a su titular, el acreedor hipotecario, el derecho de embargar y rematar el inmueble y de cobrar preferentemente, si la obligación principal que garantiza la hipoteca no es satisfecha al momento de hacerse exigible.

Se constituye mediante escritura pública o por mandato legal, se perfecciona con la tradición y se inscribe en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Es totalmente accesoria, por lo que se extingue junto con la obligación principal (Art. 2336 Código Civil) y sigue a esta obligación, por lo que la cesión de la obligación principal implica tácitamente la cesión de la hipoteca. Es imposible ceder el derecho de hipoteca independientemente de la obligación a la que accede. En vista de que el propietario del inmueble no deja de poseerlo y que la hipoteca no implica limitación inmediata a ninguno de los atributos inherentes al derecho de dominio, éste puede enajenarlo e hipotecarlo de nuevo.

La cuantía de la hipoteca no podrá superar el doble del valor de la obligación principal de acuerdo al Art. 2333 del CPC. Para calcularse, deberán considerarse los intereses por mora de la obligación principal, si los hubiere, ya fuera por convenio o por aplicación de las normas legales y las costas judiciales a que hubiere dado lugar. Explica Larrea Holguín (2002) que si los intereses y costas sumaren más del doble de la obligación principal, el obligado solo pagaría hasta la cantidad máxima consentida por el derecho; el saldo que se le debe lo tendrá que cobrar el acreedor sobre otros bienes del deudor, pero ya no como crédito hipotecario en el que goza de preferencia, sino conforme a las normas generales de prelación de créditos. La obligación principal puede modificarse ya sea por novación, siendo

reemplazada por otra que le resulte más conveniente al acreedor hipotecario o que le permita al deudor cumplirla mejor, o por transacción. También puede el acreedor hipotecario ejecutar otros bienes del deudor de acuerdo al Art. 2327 del CC. La hipoteca, así como la obligación principal, también puede modificarse porque la cosa hipotecada se ha deteriorado como dice el Art. 2329 del CC. Es por eso que Larrea Holguín (2002) afirma que la hipoteca alcanza toda la materialidad del objeto cuya propiedad posee el constituyente. Tal es el caso del Art. 2333 del CPC -al que se ya se hizo referencia- en el que la hipoteca se limita o reduce a una determinada cantidad que deberá ser expresada de un modo inequívoco, en caso que disminuya su objeto. También puede ampliarse por acrecimientos o accesión que reciba el inmueble hipotecado de acuerdo al Art. 2323 del CPC.

La hipoteca de carácter judicial es la que debe ser tomada en consideración en este numeral, porque ésta es la que ha obtenido aquél a través de una sentencia judicial que le reconoce un crédito, y se entiende constituida sobre todos los inmuebles del deudor a quien la sentencia ha condenado, presentes y futuros.

Son acreedores hipotecarios los que pueden ejercitar sus derechos de persecución pidiendo que embarguen y vendan judicialmente el objeto hipotecado para pagarse con el precio obtenido, el capital, intereses y costas que le debían. En la venta judicial o remate público del bien en caso de que no existan posibles compradores es decir, a falta de posturas, el juez podrá adjudicar la cosa al acreedor como dación en pago hasta el monto indicado. Esta asignación que hace el juez al acreedor en la forma de dación en pago se conoce como el derecho de liquidar. Los acreedores hipotecarios tienen preferencia después de los de primera clase mencionados en el Art. 2374 del CC. Como se puede

volver a hipotecar, también habrán varios acreedores hipotecarios. En este caso, prevalecerá el principio de inscripción registral, mediante el cual el acreedor hipotecario con mayor antigüedad inscrito será el primero en cobrar y así sucesivamente.

Algunos autores también creen que las cauciones pueden ser verbales y manifestarse en forma de caución juratoria que consiste en la declaración bajo juramento que hace el actor que se hace responsable de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar si no resultare fundada; sin embargo, para que ésta resulte viable, tiene que encontrarse dentro de supuestos de máxima verosimilitud del derecho. Dado que en la actualidad la tendencia es eliminar este tipo de caución, porque no es más que una simple declaración juramentada y en vista que de acuerdo a la doctrina la contracautela es uno de los presupuestos que versan sobre bienes, se considera que ésta no es suficiente para garantizar el eventual resarcimiento de los daños que resulten de la ejecución de la medida cautelar que con o sin dolo resultó ineficaz.

Se considera que la caución es a la medida cautelar lo que el reaseguro al seguro de acuerdo al concepto que proporciona el Art. 31 del Código Civil ecuatoriano: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.(...)” y se discrepa con Calamandrei y Alsina de que la contracautela sea una medida cautelar per se.

La contracautela es pues el tercer presupuesto de las medidas cautelares, porque genera esa situación de igualdad entre las partes que tanto se busca ya que como dice Podetti (1969) existe un “actor que reclama el anticipo de la garantía de su derecho y un demandado que exige, a su vez, se asegure el suyo con la cobertura de los posibles daños si la medida no procediere en definitiva.” De esta forma, la medida cautelar es doble o bilateral, ya que el perjudicado por la caución no está en estado de indefensión. Con respecto a la posición de un sector de la

doctrina que considera que la contracautela más que presupuesto para la obtención de la medida cautelar, es un requisito para su ejecución, se mantiene la concepción de la contracautela como presupuesto – contrario a la corriente de la doctrina procesal moderna – porque ¿de qué principio de igualdad se estaría hablando entonces si una vez obtenida la medida cautelar a favor del actor el demandado no puede asegurarse que lo indemnizarán en caso de que se demuestre lo contrario que el actor pretende probar?

Pero surgen las preguntas ¿cuándo se rinde caución? y ¿cuándo la caución es suficiente?

Se rinde caución para hacer cesar la medida cautelar de acuerdo a los Arts. 425 y 905 del Código de Procedimiento Civil, en el primer caso, consignando en dinero la cantidad suficiente para cubrir la deuda, con un 10% más. En el segundo caso, el monto de la caución queda a discreción del juez. De acuerdo al Art. 510 del Código de Procedimiento Civil, se pretende que el juez exija fianza para asegurar la restitución del deudor al territorio nacional o el pago de una cantidad equivalente, por lo menos, al cincuenta por ciento del monto del pasivo.

En la Ley de Arbitraje y Mediación, en el Art. 9 dice que “...Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo...”

La caución es suficiente cuando el juez, para su valoración, cumple con lo determinado en la ley, y en ausencia de un monto establecido en la ley, toma en cuenta de manera prudente la verosimilitud del derecho invocado, el presunto valor de los bienes inmovilizados, el daño emergente que eventualmente pueda producirse, el lucro cesante, la

conducta de las partes en caso que actúen con culpa o dolo, y el monto de la pretensión.

A diferencia de las legislaciones de otros países – leyes soviéticas, peruanas y argentinas – en las leyes del Ecuador no consta la palabra contracautela, por lo que ésta expresamente no es exigible.

2.2. Características de las medidas cautelares

- Instrumentales: Por sí mismas no tienen un fin o razón de ser. Esta es la característica esencial de las medidas cautelares. No en vano Greif (2002) se manifiesta al respecto aseverando que "la medida precautoria tiene un marcado carácter instrumental, porque ella tiende a garantizar la vigencia de una situación jurídica determinada, a fin de que al término del proceso, la decisión judicial favorable al actor pueda llevarse a cabo eficazmente." La medida cautelar no sirve para hacer justicia, sino sirve para asegurar el cumplimiento de la sentencia que hará justicia.

- Provisionales: Tienen una duración limitada. Duran lo que dure el proceso principal. Explica Peláez Bardales (2010) que "(...) lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado (...)". Por lo que cualquier decisión futura o hecho que haya cambiado las circunstancias que determinaron su otorgamiento, esto es, sujetándose al principio de *rebus sic stantibus*, puede modificar las medidas cautelares, sustituirlas y revocarlas de acuerdo a los Arts. 425, 439 y 923 del CPC y a Calamandrei (1996) quien al respecto ha dicho:

"Siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, mientras pende el juicio principal se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida".

Algunos autores también concluyen que las medidas cautelares pueden ser ampliadas -como es el caso del Derecho Penal en el que se hubiere ordenado una medida cautelar real en la que no se hayan calculado los valores correspondientes con la indemnización de perjuicios porque el ofendido no había presentado acusación particular y posteriormente comparece al proceso a través de dicha acusación, según explica Zavala Baquerizo (2005), tiene derecho a solicitar al juez que amplíe la medida cautelar calculando con equidad el monto de la respectiva indemnización de perjuicios- o reducidas ya sea variando los bienes o el monto sobre los que recae la medida, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. Tal variación podrán solicitarla tanto deudor como acreedor al Juez y quedará a su discrecionalidad aceptar o rechazar la solicitud de variación de la medida. Para pronunciarse al respecto, el Juez deberá asegurarse que la medida sea proporcional, esto es, que se limite al objeto de la demanda y que guarde relación con el monto adeudado.

También se ha caracterizado a las medidas cautelares como variables o flexibles porque pueden presentarse antes de la demanda y en cualquier estado del juicio como lo indica el Art. 897 del CPC e incluso después de resuelto el proceso principal en la fase de ejecución de la sentencia como es el caso de las medidas precautorias. Dice López Blanco (2009) que una medida cautelar que ha surtido efectos dentro de un proceso puede continuar vigente en otro, solo cuando el legislador así lo prevea, como el embargo y secuestro dentro de un proceso de restitución de tenencia por arrendamiento que puede cumplir sus fines en el juicio ejecutivo subsiguiente, o como el secuestro en la diligencia de entrega que puede mantenerse dentro del juicio reivindicatorio o posesorio que se adelantará cuando triunfa la oposición de un tercero, en los demás casos, la medida es temporal y se extingue cuando se concluye el proceso principal o cuando las partes llegan a un acuerdo.

- Accesorias.- Actúan en función de un proceso al cual acceden. No pierden esta característica si preceden al proceso, pues en ese caso lo accederán cuando este se inicie. En caso que el proceso principal no se iniciare, las medidas se extinguirían pues no tienen razón de ser. También son accesorias en cuanto a que su ejecución está supeditada al incumplimiento de una obligación, pues para que se dicten medidas cautelares deberá siempre existir una pretensión principal que se base en una obligación de dar, hacer o no hacer.

-Urgentes.- Se ejecutan inmediatamente. Ningún incidente detiene su cumplimiento y son apelables solo en el efecto devolutivo, esto es, contra la resolución que lo admite sin suspenderse la competencia del Juez, ni el progreso de la causa ni la ejecución de la medida según lo establecen los Arts. 331 y 921 del CPC. Evitan el *periculum in mora* y el juez las ordena sin entrar en conocimiento previo de la materia de fondo.

- Se dictan inaudita parte.- Es decir “no oída la otra parte”. Sin la presencia del demandado o sin previa sustanciación en la que intervenga la parte afectada por las mismas, para no frustrar o poner en riesgo o estado de peligro el derecho invocado por el actor o los bienes objeto de la medida. Solo cuando se cumplen se notifican de acuerdo al Art. 98 del CPC. Este hecho le da una unilateralidad transitoria a la medida que no por ello vulnera el derecho a la legítima defensa del demandado, pues puede rendirse caución. La bilateralidad procesal se posterga hasta la ejecución de la medida, momento en el cual el demandado puede impugnar o apelar.

- No surten efecto de cosa juzgada.- No suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto o prejuzgamiento, no causan instancia ni interrumpen su plazo de caducidad y no contienen la declaración de certeza de un derecho. Esta característica está íntimamente relacionada con la de provisionalidad, porque al no estar estáticamente fijadas para

siempre, las medidas cautelares son susceptibles de caducar por agotamiento del tiempo fijado para su vigencia y de ser transformadas por un cambio en las circunstancias que las originaron. El auto que confiera o deniegue la medida cautelar no surte efecto de cosa juzgada, ni siquiera formal como afirman Couture y Carnelutti, por lo que puede revocarse si concede la medida o volverse a plantear si la deniega y si cambian las circunstancias.

- Patrimoniales.- Desde el punto de vista del derecho de propiedad del demandado y su patrimonio, las medidas cautelares son de carácter patrimonial pues afectan –como su nombre lo indica- al patrimonio del deudor en el sentido de que los bienes que lo integran sufren una limitación e impedimento para su libre disposición y circulación. Este hecho incide directamente en la capacidad crediticia y económica del deudor.

En el caso de insolvencia, se demuestra que ni siquiera con su patrimonio el deudor alcanza a cubrir la deuda. Si la medida cautelar interpuesta supera con exageración a la obligación principal que pretende asegurar, el deudor puede reclamar por daños y perjuicios. También podrá hacerlo cuando la demanda se declare infundada y la sentencia rechace la acción principal. Algunos autores siguen el criterio subjetivo, mediante el cual para determinar la ilegitimidad de la medida, quien logró la medida cautelar tuvo que haber obrado con dolo, culpa o negligencia abusando del derecho. Según este criterio en esos casos el actor tendrá que responder por su proceder; sin embargo, el criterio que se comparte es el objetivo el cual el daño injustificadamente causado, así como las costas procesales –si las hubiere- y honorarios del abogado del demandado deberán ser resarcidos cuando la sentencia se declare sin lugar sin perjuicio de que ésta sea temeraria o maliciosa. La condena a pagar los daños y perjuicios que se impone al actor vencido, responde al hecho de que el ejercicio de la facultad procesal de solicitar una medida cautelar

requiere la prudencia y responsabilidad del beneficiado por ésta, porque si se demuestra que la medida fue ordenada indebidamente, será quien la peticionó el que deberá soportar las consecuencias de su accionar. Así lo establecen el Art. 904 del CPC y la Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos.

2.3. Clasificación de las medidas cautelares

2.3.1 Según el objeto sobre el que recaen:

-Reales.- *Plus cautionis in re est, quam in persona* (a ellas corresponde la preferencia). Son más frecuentes en el proceso civil que en el penal. Sin embargo, es el Art. 192 del CPP y no el CPC el que se refiere a éstas en cuanto comprenderán bienes por valores suficientes para asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y las indemnizaciones pecuniarias, que deberán ser fijados por el juez con equidad, al momento de dictar el auto en que ordene la medida respectiva. Proceden en el caso de que no se haya aceptado la garantía o caución para suspender los efectos, en el caso de las medidas cautelares reales a las que se refiere el CPP, la garantía excarcelaría, sea porque la naturaleza de la pena enlazada con el delito que es objeto del respectivo proceso no lo permite, sea porque no procede la prisión provisional o, por último, porque el encausado no haya pedido que se admita caución. Son las que aseguran los bienes del acusado para garantizar los efectos civiles de la condena. Deben adoptarse sobre bienes que representen valores suficientes para garantizar las obligaciones del demandado. No habiendo norma expresa, como en el caso de la caución, los valores deberán ser determinados por el juez. Dice Zavala Baquerizo (2005) que la estimación económica al ordenar este tipo de medidas la hará el juez “con equidad” es decir, “(...) que el juez se limite a fijar los valores que, en su leal saber y entender, pueden ser considerados estrictamente necesarios para satisfacer la finalidad de la mencionada medida (...)”. En otras palabras, el juez deberá fijar los valores solo hasta el límite que se

necesite y que no perjudique a las partes procesales.

Los bienes caucionados no pasan a formar parte del patrimonio del acreedor, sino mediante ejecución judicial se lo indemniza al acreedor con el precio de la venta de los mismos.

-Personales.- Se refieren a las personas que están vinculadas al proceso o son parte dentro del mismo, porque son las que recaen sobre el cuerpo o sobre la voluntad de las personas con el objeto de que hagan o dejen de hacer algo. Son las que tienden a “garantizar la guarda provisional de las personas, o la satisfacción de sus necesidades urgentes”. Son más frecuentes en el proceso penal, porque tienden a asegurar la presencia del inculcado en el proceso. Sin embargo que no sea de extrañar que también se dicten medidas cautelares de carácter real en el proceso penal para esclarecer las circunstancias que han rodeado la comisión del hecho delictivo. Ejemplos de estas medidas además de las enumeradas en el Art. 160 del CPP son en el juicio de divorcio la autorización de residencia separada del cónyuge demandante y en el proceso de interdicción la orden de internamiento en institución especializada del demente cuya conducta ocasiona molestias a la colectividad.

2.3.2 Según el proceso en el que se practican:

- Medidas ejecutivas.- Llamadas así porque se practican dentro de un proceso de ejecución, pero se diferencian de la ejecución forzada ordinaria como el embargo.

- Medidas cautelares para futura ejecución forzada.- Son las que tienen como finalidad hacer posible una futura ejecución por el incumplimiento real y voluntario de obligaciones pecuniarias ordenadas en sentencias como el secuestro.

- Medidas cautelares interinas.- Son las que están en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva. Son

decisiones anticipadas y provisionales que, explica Calamandrei (1996) “duran hasta que a ellas se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.”

- Medidas cautelares de cognición.- Explica Couture (1958) que “Son aquellas que por sí solas no suponen medida alguna de coerción, teniendo por objeto tan sólo la declaración preventiva de un derecho.” Da como ejemplo la declaración juramentada y la de testigos.

-Medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de las pruebas.- También conocidas como providencias instructorias anticipadas cuya finalidad es conservar la prueba o fijar las pruebas que facilitarán la formación de una futura providencia de cognición. Normalmente se adoptan en el curso de un proceso ordinario, y forman parte del mismo, y excepcionalmente, en un proceso cautelar autónomo antes de que se inicie el ordinario. Tratan de fijar y conservar ciertas resultancias probatorias o de determinar preventivamente la adquisición de un dato probatorio y básicamente son la declaración de testigos de avanzada edad, que se halle gravemente enfermo o próximo a ausentarse, la constatación de un hecho por peritos, querrela de falsedad y la verificación de escrituras en vía principal. Calamandrei las compara a los materiales en bruto destinados a la construcción de una obra todavía en proyecto. Se considera excelente esta comparación, porque este tipo de medidas cautelares solo fijan un anticipo y reserva para el provenir y a falta de éste “quedarán inutilizadas.”

2.3.3 De acuerdo al tipo de obligación:

-Genéricas.- Conocidas también como innominadas o indeterminadas, porque se mantienen en una relativa indeterminación dando cabida a cualquier medida cautelar así no esté regulada en la norma. Tienen un carácter infinito, porque el Juez puede aplicarlas según las necesidades del caso siempre que resulten eficaces para el supuesto concreto.

También son un complemento de las medidas cautelares existentes que flexibilizan la actitud del Juez quien podrá ponderar el alcance de las mismas de acuerdo a las circunstancias. Estas medidas se oponen a la característica que les da López Blanco (2009) de taxativas, porque el Juez podrá dictarlas así no estén contempladas de antemano en la ley.

-Específicas.- Denominadas también típicas son las expresamente previstas en el Código para un supuesto concreto. Serían las que algunos autores conocen como legales, pues son las que están en la ley.

En contraposición a estas últimas existen las medidas cautelares convencionales que pueden dar o no lugar a un proceso.

2.3.4. Según el carácter de la tutela:

- Conservativas.- También se llaman asegurativas porque tienen el objetivo de mantener los bienes o las cosas en la situación en la cual se encontraban en el momento de dictarse la medida, como la prohibición de enajenar. Se pretende preservar el *status quo* impidiendo que se modifique la situación existente para evitar el daño que surja de su modificación. Tienen un carácter negativo según Couture (1958) porque “no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen.”

- Innovativas.- Son las que varían las circunstancias presentadas en el momento de instaurarse o proponerse el proceso principal, como ocurre con la separación de los cónyuges y el depósito de los hijos en el divorcio, la detención preventiva del sindicado en el proceso penal, etc.

-De contracautela.- Son las únicas medidas de seguridad en defensa del deudor para resarcir los daños que podrían ocasionarle si en el juicio definitivo el derecho invocado resultare incierto. Consisten en la imposición de una caución por parte del Juez -de las explicadas en el numeral 2.1.3.- al actor como condición para obtener una ulterior providencia judicial. La caución sirve para asegurar el resarcimiento de los

daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar que pretendía prevenir el peligro en el retardo de la providencia principal.

2.4. Las medidas cautelares en nuestro Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano las divide en dos:

2.4.1. Precautorias.- Se interponen en juicio ejecutivo y en la fase de ejecución de los juicios declarativos. Para Cabanellas (1986) el juicio ejecutivo “no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para la efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial”. No se comparte este criterio, pues aunque es cierto que toda acción relativa al asunto sobre el que verse la ejecución deberá sustanciarse por cuerda separada, no es menos cierto que el juicio ejecutivo cuenta con todas las fases procesales para ser considerado tal como lo son: demanda, citación, contestación, junta de conciliación, término de prueba de 6 días de acuerdo al Art. 433 del CPC, término para alegar, sentencia e impugnación. Además se ha demostrado que no existe necesidad de iniciar un juicio ejecutivo para ejecutar la sentencia recaída en juicio ordinario.

Como antecedente histórico, antes de 1938 no había disposición alguna en el CPC que faculte las medidas precautorias en el juicio ejecutivo. A partir de ese año se permitió insertar en este tipo de juicios la prohibición de enajenar bienes raíces, la retención, el secuestro y el embargo, cuando la ejecución se funda en título hipotecario como lo indica actualmente el Art. 423 del CPC para el caso del embargo. Velasco (1996) indica que estas medidas “(...) se actúan mediata, urgente y definitivamente en el que corren la misma suerte que el procedimiento de ejecución (...)”

El proceso de ejecución o vía de apremio comienza con el mandamiento de ejecución y termina con el embargo y remate de bienes, cuando no se prolonga en juicio de prelación de créditos o de insolvencia que es un proceso universal, autónomo e independiente del juicio ejecutivo que se encuentra regulado desde el Art. 519 del CPC. En el juicio de insolvencia se ordena la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer. Se manda a un perito a liquidar el capital y los intereses y al liquidador de costas para la liquidación de las costas procesales. Hecho lo cual el Juez dicta el mandamiento de ejecución de acuerdo al Art. 430 del CPC en el que obliga al ejecutado a pagar o dimitir bienes para el embargo en un término de 24 horas. En la dimisión de bienes para el embargo el valor del bien embargado debe ser superior al valor adeudado porque para el remate el valor se reduce hasta la mitad en caso de que no se hayan rematado los bienes en el primer señalamiento.

En este caso las medidas precautorias son un incidente. Primero, se define un incidente a las cuestiones accesorias del juicio que se materializan en la forma de petitorios y requieren un pronunciamiento del tribunal al que el Art. 270 del Código de Procedimiento Civil le da el nombre de auto². Hay incidentes que no se encuentran contemplados en la norma y otros que están encaminados a entorpecer o dilatar el proceso, como la nulidad o falsedad de instrumento a la que se refiere el Art. 182 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, hay incidentes como la tercería que de acuerdo a los Arts. 492 y 493 del Código de Procedimiento Civil causan un perjuicio directo a un tercero y la reclamación de los daños y perjuicios que por el descuido en la administración, malversación o negligencia del depositario judicial sufre el dueño de la cosa depositada a la que se refiere el Art. 916 del Código de Procedimiento Civil.

² No concuerda con el Código de Procedimiento Civil, pues un auto es el que resuelve cuestiones de fondo y no meros incidentes.

Segundo, cabe destacar que para el Dr. Ernesto Salcedo (2006) las medidas cautelares en general, "(...) adoptan la forma de incidentes que se ordenan dentro del trámite propio de los procesos ejecutivos o en la fase de ejecución de los procesos declarativos(...)". Entre la Disposiciones Comunes del CPC, el Art. 1015 hace referencia que los incidentes siempre los tramita el juez que conozca del juicio.

En el Juicio Ejecutivo al que se refiere la Sección 2ª del Título II del Libro II del CPC se trata de hacer efectiva una obligación fundada en un título ejecutivo. Por lo que su objeto consiste en lograr la satisfacción de un crédito y no en obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia de un derecho como ocurre en los juicios declarativos. A diferencia de lo que ocurre en los juicios de conocimiento, en los juicios ejecutivos la pretensión consiste en un acto intimidatorio de pago, en un acto coactivo sobre el patrimonio del deudor y la sentencia no pone fin al proceso.

En el auto de calificación de la demanda en juicio ejecutivo, también conocido como auto de pago, es el que
El actor debe ser el titular de los derechos exigidos en el título ejecutivo, ya sea por constituirse en endosatario o cesionario o ser el acreedor original.

No cabe recurso de casación, solo es posible la casación en los procesos de conocimiento (ordinario y verbal sumario) y en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento de acuerdo al Art. 2 de la Ley de Casación. No en vano dice la el Registro Oficial N°108 14-I-1999 *"El recurso de casación únicamente procede en caso que se haya dictado una providencia que ponga fin al proceso produciendo el efecto de cosa juzgada formal y sustancial y que tal providencia se haya dictado dentro de un proceso de conocimiento. Esto es, sustanciado por las vías ordinaria y verbal sumaria, no la ejecutiva es*

decir en los juicios ejecutivos”.

Una obligación tiene carácter de ejecutiva cuando así lo declare expresamente la ley. El Art. 413 del Código de Procedimiento Civil establece que son títulos ejecutivos los siguientes: escritura pública, documentos privados reconocidos ante jueza o juez o notario público, letras de cambio que constituyen un título formal que integra un derecho de crédito abstracto con independencia del negocio jurídico que lo haya originado, pagarés a la orden, actas judiciales de remate o autos de adjudicación y actas transaccionales.

Sin embargo se considera que esta enumeración no es taxativa, pues también constituyen título ejecutivo: el Acta de Sesión de Asamblea General de Copropietarios en la que se apruebe la liquidación por expensas comunes emitida por el Administrador o Presidente del condominio, según el Art. 13 de la Ley de Propiedad Horizontal; las obligaciones ejecutivas que surgen de las distintas operaciones previstas en el inciso final del Art. 147, inciso segundo del Art. 160 e inciso primero del Art. 233 de la Ley de Mercado de Valores y el cheque protestado por insuficiencia de fondos de acuerdo al Art. 57 de la Ley de Cheques.

Se debe diferenciar al juicio ejecutivo *per se* de la ejecución forzosa o forzada en la que se convierte la sentencia del juicio ordinario en una fase ulterior cuando deja de ser voluntaria.

En la fase de ejecución de los juicios declarativos como lo son el juicio verbal sumario y ordinario de acuerdo al Art. 488 del CPC cuando las sentencias no se ejecuten en la forma especial señalada por la ley, se ejecutarán del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo. El ejecutado en la fase de ejecución, solo puede alegar los modos de extinguir la obligación nacidos con posterioridad a la sentencia que se ejecuta, únicamente cuando estas alegaciones consten de

documento público, documento privado judicialmente reconocido o confesión judicial y su resolución causará ejecutoria como dice el Art. 489 del CPC. Para que la sentencia se ejecute tiene que estar ejecutoriada y en el evento de que se establezca un plazo para su cumplimiento éste se deberá haber vencido, puesto que de no establecer plazo en el fallo, la ejecución es inmediata como sucede en la obligación de dar o pagar del juicio ejecutivo o en sentencias como las que declaran el estado civil, o de reconocimiento de la paternidad que se ejecutan de inmediato luego de la ejecutoria de la sentencia, con su sola y simple inscripción en el Registro Civil respectivo; y que ésta obligación haya sido pedida por el accionante vencedor. La fase de ejecución se inicia con la orden de liquidación de la obligación de dar o pagar, o la determinación de la obligación de entregar o hacer, mediante el mandamiento de pago también conocido como mandamiento de ejecución, bajo procedimiento de apremio, concluyendo con el pago o la declaratoria de presunción de insolvencia del deudor. Cuando al acreedor no le pagan tiene el derecho de iniciar contra el deudor un procedimiento de declaratoria de insolvencia que no constituye el pago de la obligación, sino es un mecanismo del que se vale el acreedor para presionar al deudor para que pague. La declaratoria de insolvencia tampoco es un medio alternativo al embargo, remate y venta judicial de bienes pues la sentencia se ejecuta con el cumplimiento de lo que en el auto de pago se ordenó.

El proceso contencioso civil se acaba con la sentencia que es de obligatorio cumplimiento para todos los que han actuado en el proceso. La sentencia se ejecutoria por todas las vías mencionadas en el Art.300 del CPC: sin embargo explica Cruz Bahamonde (2001) que las sentencias que no se ejecutan son: la de acción de amparo posesorio, la excepción propuesta por el supuesto padre para que reconozca al hijo ilegítimo³ o concebido fuera del matrimonio acogida por el juez en sentencia, las excepciones que el juez acoge en juicios de declaración constitutiva, la

³ En la actualidad ya no se utiliza este adjetivo que puede incluso ser considerado ofensivo.

excepción que propone el demandado fundándose en que el reivindicante no tiene el dominio de la cosa o que no es poseedor de ella en un juicio de reivindicación, no se inscribe porque la pretensión del demandado se agota con la sentencia. En cambio, las sentencias que se ejecutan son las de condena sean de declaración constitutiva de un derecho o de acción ejecutiva las ejecuta el juez de primera instancia, quien manda a liquidar el fallo ejecutoriado y a realizar las operaciones necesarias hasta que se agote el derecho del actor vencedor. Es en la fase de ejecución de la sentencia a la que nos hemos referido y en la que se interponen medidas precautorias que el ejecutado puede: alegar el pago oponiéndose a la ejecución por haber tranzado con el actor, por existir compensación de créditos como Alessandri y Somarriva en su obra Fuentes de las Obligaciones denominan “derecho de retención”, arbitraje o por existir un pacto de no pedir o cualquier otra clase de arreglos entre las partes, bajo la condición excluyente de que tales hechos sean probados mediante instrumento público o privado judicialmente reconocido posteriores a la sentencia, o por confesión judicial legalmente rendida. De acuerdo a los Arts. 499 y 500 del CPC del R.O. No. 208 de 1969 (Ley 131 de la Comisión Legislativa Permanente) y en el R.O. No.245 de 3 de noviembre de 1967 (Resolución Plenaria de la Corte Suprema de Justicia) la sentencia ejecutoriada ya no constituye título ejecutivo, por lo que ya no es necesario iniciar otro juicio en este caso ejecutivo, pues esta situación “(...) daba lugar a que sobre el mismo asunto existieran dos sentencias ejecutoriadas que, en algunas ocasiones hasta llegaban a contradecirse y que, en todo caso, representaban indebida prolongación en el tiempo de duración de los litigios”. Actualmente la ejecución de la sentencia dictada en juicio ordinario no es más que la fase final del juicio ordinario, que se prolonga para que se cumpla lo dispuesto en la sentencia ejecutoriada. En la fase de ejecución también puede ocurrir un error de cálculo (señalado en el Art. 299) que constituye una excepción al principio fundamental que el mismo artículo sostiene, de que la sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes por ninguna

causa.

2.4.1. a) Prohibición de enajenar

Implica que los bienes raíces que son propiedad del deudor y que son suficientes o alcancen para responder por el valor de la obligación demandada, no pueden ser vendidos, hipotecados, cedidos, prendados, permutados, donados, objeto de servidumbres pasivas, ni sujetos de gravamen alguno que limite su dominio o goce o disminuyan para el dueño la estimación de la cosa sobre la que se imponen, so pena de nulidad. Se remonta al derecho romano en el que constituía uno de los efectos de la *litis contestatio* en la forma de la indisponibilidad de la cosa litigiosa. El demandado no podía enajenarla, destruirla o deteriorarla, porque la cosa debía ser entregada al vencedor en el estado que se encontraba en el momento de comenzar la litis. En el derecho moderno la sola interposición de la demanda no impide la enajenación de la cosa litigiosa, sino que el actor debe solicitarla como medida precautoria o providencia preventiva para extender a terceros los efectos de la sentencia.

Para que esta medida opere, es necesario que se acompañe al petitorio el certificado del Registro de la Propiedad en el que conste que el deudor tiene bienes raíces que no están embargados; **pues frente al embargo que es una medida de plena ejecución, no cabe una medida preventiva.** En el auto inicial el juez dispondrá la medida y ordenará al Registrador de la Propiedad y a los notarios que asienten en el libro a su cargo, la prohibición o limitación ordenada. Si se contraviene a la prohibición de enajenar, el Juez podrá ordenar el secuestro de la cosa.

En el juicio ejecutivo, a diferencia de los juicios ordinarios y verbal sumario, el acreedor puede solicitar una medida cautelar sobre los bienes del demandado, y el Juez puede ordenarla, dentro del mismo proceso, **sin la necesidad procesal de prueba sobre el mal estado de los negocios**

del demandado.

El auto que dicte la prohibición de enajenar deberá tener la determinación clara y precisa de los bienes inmuebles materia de la prohibición que deberá guardar relación directa con el valor del crédito que se pretende caucionar; y deberá determinar la suma de dinero que se cauciona con la prohibición de enajenar que se decreta.

2.4.1. b) Retención o secuestro

Retención es el derecho que tiene el acreedor de mantener la tenencia de una cosa mueble ajena que pertenece al deudor hasta que éste cumpla la obligación. Se notifica a la persona en cuyo poder estén los bienes muebles, que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Si el tenedor de los bienes se excusare de retenerlos, los pondrá a disposición de la Jueza o Juez, quien a su vez ordenará que los reciba el depositario judicial por haberse extinguido la figura del alguacil, como indica el Art. 428 del Código de Procedimiento Civil. El detentador quien es el que tiene la cosa en su poder y la guarda no es la misma persona del acreedor, por lo que éste no tiene la posesión de la cosa. El hecho que el titular del derecho no tenga acción posesoria sobre la cosa en caso de pedir su tenencia ha dado origen a que se catalogue a la retención como un derecho personal; sin embargo también se discute la postura de que su naturaleza jurídica sea real porque a la retención se le reconocen efectos persecutorios o *ius perseguendi* siendo oponible a terceros, pero hay autores que discuten que solo al deudor y sus sucesores universales puede el detentador oponer su derecho o no entregar la cosa mientras no se efectúe el pago de lo debido. También ha sido considerada su naturaleza mixta, porque la retención es derecho real por la conexión entre crédito y cosa, y se configura como derecho personal, porque la pérdida de la posesión desaparece el derecho de retención.

Sí admite caución de acuerdo al Art. 425 del Código de Procedimiento Civil. Explica Arean que "(...) En el derecho de retención si la cosa es enajenada por el deudor o ejecutada por otros acreedores, el derecho subsiste y el retentor puede seguir ejerciéndolo hasta que haya sido desinteresado; mas si él mismo procede a solicitar la venta, carece de toda preferencia con respecto a los demás acreedores (...)". La cosa sigue siendo propiedad del deudor, por lo que la retención no impide el embargo (Art. 439 CPC) de otros acreedores, el secuestro de la cosa embargada ni la designación de depositario judicial que puede ser el mismo acreedor.

García Falconí (2002) afirma que normalmente se retienen rentas o créditos, como lo hacen las instituciones bancarias con los fondos en cuenta de ahorros o corriente, pero los Arts. 907 y 911 del CPC indica que también se pueden retener los bienes que tenga el deudor. Las rentas que provienen del arrendamiento se retienen ordenando al arrendatario que no pague al arrendador y le entregue el cánón al depositario judicial. Los créditos objeto de retención pueden ser documentos crediticios como letras de cambio, pagarés a la orden y órdenes de pago que suelen emitir algunas instituciones públicas.

Si la retención se refiere a rentas, derechos u otros bienes del deudor, sobre los cuales está conociendo otro juez, este juez es quien deberá llevarla a efecto luego que reciba el oficio respectivo del juez que sustancia la medida precautoria de acuerdo al Art. 911 del CPC.

El fiduciario puede ejercer el derecho de retención sobre la cosa que debiera entregar al fideicomisario si éste no le ha pagado las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa a las que se refiere el Art. 769 del CC siempre que éstas hayan sido indispensables e imprescindibles para la existencia misma de la cosa.

El donatario puede retener la cosa dada en donación, así como el usufructuario y el legatario que ha recibido en vida la cosa legada del testador. El Art. 814 del CC faculta al usufructuario retener la cosa del nudo propietario si éste último no le paga los gastos hechos por concepto de obras o reparaciones mayores hechas para la conservación de la cosa. También puede invertirse el caso en el que el nudo propietario haya hecho las reparaciones y pagos a los que se refiere el Art. 810 del CC que estaban a cargo del usufructuario, y por ello tendrá derecho a retener la cosa hasta que sea pagado.

El vendedor puede retener las arras (cosas o dinero) que le hubiere dado el comprador en seguridad del cumplimiento de un contrato en caso de incumplimiento del mismo. A la inversa, el comprador puede -bajo pacto de retroventa- retener la cosa comprada hasta que se le haya reembolsado el precio de venta y los gastos y mejoras hechas en ella. Ambos casos están contemplados en el Art. 1815 del CC.

El comodatario puede retener la cosa que le prestó el comodante si este último no le ha pagado: a) las expensas ordinarias, necesarias y urgentes que, sin su previa noticia, haya hecho para la conservación de la cosa y b) los perjuicios que le hayan ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado como lo indica el Art. 2096 del CC.

El depositario puede retener la cosa depositada hasta el pago de lo que se le debe en razón del depósito, pero no por lo que se le deba a título de compensación como deudas extrañas al depósito, o en seguridad de lo que el depositante deba, como dice el Art. 2139 del CC.

Para que esta medida proceda es necesario que se acompañe al petitorio (o demanda) prueba plena de que los bienes son de propiedad del deudor. Cuando la prueba no es escrita, sino es testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria según el Art. 422 del Código

de Procedimiento Civil. Explica Morán (2011) que “(...) En la práctica acostumbran a presentar una información sumaria, cumplida generalmente ante otro Juez distinto al de la causa ejecutiva (...)”. Desde el punto de vista del citado autor, este procedimiento no es del todo transparente y se puede prestar para perjuicios contra terceros cuando se sustancia ante otro juez. Lo ideal sería que los testimonios los solicite el accionante ante el Juez que conoce la causa principal, y que sea esta autoridad la que recepte estos testimonios, porque cuando los recepta otro juez puede ocurrir que la información se tergiverse, no se ajuste a las exigencias legales, sea manipulada y contraria a la verdad. Es oponible la retención al tercero adquirente de la cosa retenida, porque el verdadero objetivo de la retención es oponer el derecho al deudor.

El derecho argentino ha ahondado en el tema de la retención definiéndola en su Código de Procedimiento Civil como “la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.” En su articulado menciona que la retención aplica para la locación “el locador puede retener los frutos y objetos con que se halla amueblada la casa para asegurarse el pago del precio”, el mandato “el mandatario puede retener bienes o valores del mandante hasta que le sean pagados los adelantos o gastos y su retribución o comisión”, depósito “”, posesión “el poseedor de buena fe puede retener la cosa depositada hasta el pago de los gastos necesarios y útiles. Igual derecho tiene el poseedor de mala fe no viciosa, pero circunscripto a los gastos necesarios”, condominio “el condómino que realizó gastos de conservación o reparación de la cosa común, tiene derecho de retenerla hasta que los demás le verifiquen el pago”, prenda “el acreedor prendario puede retener la cosa hasta el pago del crédito garantizado y expensas hechas. Igual derecho compete en la prenda tácita, anticresis “análogo derecho tiene el acreedor anticresista hasta el pago del capital y sus accesorios”.

No procede en los casos de: comodato “el comodatario no puede retener la cosa prestada, por lo que le deba el comodante, aunque sea por expensas”, posesión “el poseedor de mala fe vicioso no puede retener la cosa, ni siquiera por los gastos necesarios” e hipoteca “el tercer poseedor del inmueble hipotecado no puede invocar frente al acreedor la retención del mismo para ser pagado de las expensas necesarias o útiles que hubiese hecho”.

El secuestro consiste en el desapoderamiento de la posesión del afectado de bienes objeto del litigio para satisfacer un crédito. Le corresponde al depositario o custodio, que puede ser una institución o persona según mejor convenga, ejercer la posesión del bien secuestrado hasta que el Juez disponga entregarlo a la parte favorecida con la decisión final.

Peláez Bardales (2010) lo considera una medida más drástica que el embargo, porque el secuestro impide que el bien siga siendo usado por el deudor es decir, produce la indisponibilidad física de la cosa.

El secuestro conservativo es el que tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo, por lo que este tipo de secuestro siempre es una medida precautoria y nunca una medida preventiva. Como su nombre lo indica, su objetivo es el de conservar dentro del patrimonio del deudor los bienes secuestrados para que, en el evento de que el deudor se declare vencido, pueda garantizar el cumplimiento de la sentencia con los bienes secuestrados.

2.4.1. c) Embargo

Debe empezar diciéndose que el embargo nunca es materia de providencia preventiva, porque de acuerdo al Dr. Alfonso Troya Cevallos (2002) “es un acto que se solicita y obtiene dentro del desarrollo del proceso ejecutivo, debiéndose dictar a solicitud de parte, en el auto de

pago, si el título es hipotecario o sentencia ejecutoriada”. Una vez que se ha conocido la explicación por la cual el embargo es una medida precautoria y no una medida preventiva, de acuerdo a nuestra legislación, es menester manifestar que el embargo le impide al deudor disponer libremente de los bienes sobre los que éste recae.

El embargo de bienes se practica aprehendiéndolos y entregándolos al depositario respectivo, para que queden a disposición de éste, o sea, que sobre tales bienes las facultades que concede el dominio al propietario se suspenden, porque la ley encarga al juez de la causa que, previas las formalidades legales, los venda en subasta con el fin único de pagar a los acreedores, razón por la que, en la enajenación de las cosas embargadas y por decreto judicial hay objeto ilícito, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello (Gaceta Judicial Serie IX N° 2 1958). Por lo tanto, es el juez el que asume las facultades de dominio del propietario deudor y se convierte en su representante legal para efecto de enajenarlo en la venta forzosa. El embargo crea a favor del actor y de los terceristas coadyuvantes el derecho de impulsar la venta del bien embargado en pública subasta, para que con su precio se paguen las obligaciones materia de la ejecución.

El inciso segundo del Art. 439 del CPC dice que *la prohibición de enajenar, la retención o el secuestro no impiden el embargo*, pero en cambio, el embargo sí impide que se inscriba una nueva prohibición de enajenar ya que el CPC dispone como requisito para que el Juez ordene la prohibición de enajenar la presentación del certificado del Registro de la Propiedad en el que conste que el bien inmueble cuya prohibición de enajenar se solicita no esté embargado.

Tampoco impide el embargo la inscripción de la demanda o gravamen de litis pendencia sobre el dominio o posesión de un inmueble, en cambio dice Devis Echandía (2007) el registro de un embargo impide

que se inscriba otro sobre el mismo bien, pero no que se registren demandas, pues estas no impedirán que se efectúe el remate de aquel.

Ni la inscripción de un título de mera tenencia sobre el inmueble, porque al portador de un título de mera tenencia, materializado en la forma arrendamiento, anticresis, usufructo, uso o habitación, deberá respetársele sus derechos por lo que según explica el Registro de la Propiedad no hay aprehensión judicial del bien raíz por parte del depositario judicial, sino que se constituye depositario del bien al tenedor inscrito, mediante la respectiva notificación de la orden de embargo. Por lo tanto, si se le presenta para su inscripción un embargo efectuado mediante Acta de Aprehensión Judicial, y el Registrador de la Propiedad determina que se encuentran inscritos contratos de mera tenencia, debe abstenerse de inscribir el embargo e informar al Juez sobre el hecho, para que se corrija el procedimiento y, es necesario dejar constancia que solo cuando se ha corregido el procedimiento, y el embargo se ha efectuado mediante la notificación al tenedor, el RP debe proceder a su inscripción además está obligado a sentar nota de referencia al margen del asiento de inscripción del arrendamiento, anticresis, constitución de usufructo, constitución de derecho de uso o habitación, según sea del caso. La transferencia de dominio no extingue el embargo, porque el dominio del bien pasa al adquirente con la carga del embargo.

Para Couture (1958) el embargo consiste en la incautación material de bienes del deudor, en vía preventiva, a los efectos de asegurar de antemano el resultado de la ejecución. Tanto Couture como Podetti coinciden en que el embargo no se refiere tanto al dominio, sino a la facultad de disposición y goce del bien embargado. La Corte Nacional ha declarado que el embargo y secuestro tienen la misma naturaleza y es cierto pues en ambos casos la cosa es aprehendida. Sin embargo la diferencia radica en que en el embargo, después de la aprehensión, la cosa se avalúa para ser rematada y en el secuestro, la cosa pasa a estar a disposición del juez a fin de que nadie pueda disponer de ella.

El embargo preventivo o cautelar es la medida cautelar por excelencia y es considerada la primera, respecto de la cual se regulan las demás. Podetti (1969) dice que el embargo preventivo aparece, generalmente, como un antecedente del proceso ordinario que persigue una sentencia de condena. El objeto del embargo preventivo es la inmovilización del bien para que el deudor pueda hacer efectivo su crédito una vez que le sea reconocido mediante sentencia. Couture (1958) defiende la tesis de que el embargo preventivo sí surte efectos de cosa juzgada, pero ésta no es una verdadera cosa juzgada sustancial o material, sino formal. El juez competente para embargar es el del lugar donde se encuentren los bienes que hayan de ser embargados.

Guasp (1968) por su parte, considera que el embargo preventivo es una anticipación del embargo que consiste en un proceso de ejecución, y no de cognición, porque para satisfacer la reclamación de la parte no se declara, fija o impone una situación jurídica. Sostiene este autor español que para que el embargo preventivo se dicte no solo se requiere del presupuesto de *fumus bonis iuris* de las medidas cautelares, sino también de la *suspectio debitoris* en la que se apoye subjetivamente el embargo que se concede. Entiéndase por *suspectio debitoris* a la razón de sospecha de que el deudor impedirá la eficacia de la decisión que pueda tomarse contra él en el proceso principal que se trata de facilitar. En el embargo preventivo se establecen las mismas vinculaciones de sujetos y objeto que en el caso del embargo ejecutivo, aunque limitadas al tiempo que tarde en resolverse sobre lo principal. Los resultados conseguidos en el embargo preventivo quedan subordinados al contenido de la decisión que se emita en el proceso principal que trata de garantizarse.

El embargo de ejecución es el acto inicial del proceso de venta forzada en pública subasta. El embargo ejecutivo no requiere de los presupuestos de las medidas cautelares de verificar la verosimilitud del

derecho o *fumus bonis juris*, porque se funda en un título ejecutivo que da la certeza y evidencia que la obligación es clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido ni del peligro en la demora o *periculum in mora* porque en un proceso de ejecución no hay la posibilidad de una sentencia declarativa, pues el derecho ya está acreditado con el mismo título ejecutivo. Por ello, el embargo ejecutivo, el de bienes muebles, el embargo de las distintas formas de propiedad como la copropiedad o condominio, la propiedad horizontal, así como los derechos de usufructo, uso y habitación, los gananciales de una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, los derechos hereditarios o patrimoniales de los que era titular el causante, los créditos y los bienes conocidos como inmateriales por autores Garrigues y Valencia Zea como los derechos de autor, marcas y patentes de invención no son materia de este estudio porque no constituyen una medida cautelar en sí, sino son actos procesales que forma parte del proceso de ejecución.

El embargo de marcas se practica cediéndola sin necesidad de transferir la empresa o industria a que pertenece el artículo para el cual se destina y al cual identifica de acuerdo al Art. 267 de la Ley de Propiedad Intelectual e inscribiendo el auto de embargo en la Dirección Nacional de Propiedad Industrial. Dice Carmigniani (1998) que "(...) no están excluidas de embargo las marcas notoriamente conocidas ni las de alto renombre (...)" porque el embargo de marcas se aplica independientemente de la importancia o grado de difusión que una marca pueda tener en el público consumidor. Sólo una vez efectuado el remate se transfiere la titularidad de la marca, antes de eso el uso exclusivo de la misma lo puede seguir ejerciendo el ejecutado.

No procede embargo sobre bien embargado salvo en los casos de excepción que se mencionarán a continuación en los que no procederá el segundo embargo así sea preferente si el Juez que dictó el primer embargo no lo cancela y notifica con dicha orden. Se deberá inscribir la

cancelación del primer embargo para dar paso a la inscripción del embargo preferente. Frente a un conflicto de embargos el embargo también existe embargo preferente. El embargo en ejecución hipotecaria es de mejor derecho, seguido por el embargo ordenado en juicio coactivo pero el embargo ordenado en juicio coactivo no goza de preferencia frente a un embargo ordenado dentro de un juicio seguido por una IFI. y el embargo ordenado en un conflicto colectivo laboral. En la jurisdicción coactiva, el embargo de bienes para el cobro de la deuda, intereses y costas, se hará con preferencia sobre los bienes muebles del deudor de acuerdo al Art. 951 del CPC. En la LGISF la constitución de la anticresis judicial produce los mismos efectos que el embargo de acuerdo al Art.113 cuando se ha rendido a favor de la IFI una caución hipotecaria o prendaria.

Tampoco procede el embargo que se pretende en garantía de la suma que se demanda por concepto de indemnización de daños y perjuicios que se alega, por ejemplo, como consecuencia del incumplimiento de un contrato, por cuanto el crédito que se tiende asegurar depende de una sentencia que declare su existencia, exigibilidad y monto que queda a discrecionalidad del juez. Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia argentina ha declarado que para la procedencia del embargo preventivo no es inconveniente la falta de cantidad líquida, porque el juez está facultado para fijar una suma prudencial con arreglo a las circunstancias del caso.

Efectos del embargo: distraer del patrimonio del deudor los bienes embargados. El embargo se verifica teniendo en cuenta la determinación cuantitativa y cualitativa de los bienes afectos a una ejecución procesal. El embargo de naves se practica inscribiendo la orden de embargo en la Capitanía del Puerto donde está matriculada la nave. No se pueden embargar las naves cargadas ni las extranjeras que se hallaren en

puertos ecuatorianos salvo lo dispuesto en los Arts. 734 y 735 del CCo. El de aeronaves se practica inscribiendo la orden de embargo en la Dirección Nacional de Aviación Civil.

Cuando los bienes que hayan de embargarse se encuentran en poder de un tercero que los reclama como suyos, se dejarán embargados en su poder rindiendo la fianza que determine el juez con la condición de entregarlos en el estado que estaban cuando se procedió el embargo, con todos sus frutos, en el caso que se declare que los bienes pertenecían al deudor. Sin embargo, en el caso de arrendamiento el arrendatario del bien embargado no se convierte en su depositario, porque las relaciones jurídicas entre arrendador y arrendatario no pueden confundirse con las que existen entre el dueño de la cosa embargada y el depositario judicial. A éste último le corresponderá percibir la renta salvo en el caso que menciona el Art. 445 del CPC.

El embargo de bienes en poder de un tercero, pero que pertenecen al demandado, se practica ordenando al tercero tenedor que retenga el bien y que no lo entregue a su poseedor. Supone la orden de abstención de recuperación de los bienes por medio de la cual el demandado pierde la posibilidad de exigir los bienes a su tenedor. Sin embargo, en algunos casos la pertenencia en el deudor es discutida bien por omisiones o por acciones positivas de éste como:

2.4.1. c) | Acción oblicua.- Por omisiones del demandado.

Si el deudor se abstiene de cobrar sus créditos, recuperar sus cuentas por cobrar o aportar a su patrimonio bienes de los que ostenta la posesión y puede haber adquirido por prescripción u ocupación, impidiendo, entorpeciendo y frustrando el incremento de su propio patrimonio por negligencia a fin de que sus acreedores no puedan satisfacer sus créditos, pueden estos últimos demandar a los deudores de su deudor para que le paguen. La acción oblicua

consiste en que los acreedores del deudor asuman su personería obrando en su nombre, para ejercer la acción de él contra terceros, pero no podrán sustituirlos en la titularidad de esos bienes, derechos y acciones en forma tal que pueden usar, usufructuar o disponer de los bienes como pudiera hacerlo el deudor.

Es una acción indirecta, porque al acreedor demandante no le debe el deudor demandado por la acción oblicua, sino el deudor que no ha cobrado. Es de alcance general y de contenido variable en cada caso según la naturaleza de la acción del deudor en que se pretenda sustituir el acreedor, pues en el primer caso, no solo se pueden ejercer en los casos previstos por la ley -aunque exista un sector de la doctrina que no lo considere así- y en el segundo, porque puede existir acción oblicua reivindicatoria, ejecutiva, etc. según la respectiva naturaleza de la acción del deudor. No requiere autorización previa del juez, porque la ley expresamente permite ejercer derechos y acciones a los acreedores que naturalmente pertenecían al deudor, como es, por ejemplo, el caso del Art. 1261 del CC en el que la ley autoriza expresamente a los acreedores de los herederos o legatarios que repudian su herencia o su legado cobrarlos, porque la facultad de repudiación de la herencia por un asignatario no puede ir en perjuicio de los intereses de los acreedores.

Solo opera respecto de los derechos patrimoniales del deudor, esto es, los derechos de contenido económico tanto reales como crediticios y respecto de las acciones que los tutelan, pero nunca de los personalísimos, aún cuando puedan tener un contenido patrimonial como el usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos, el derecho de alimentos, los de uso y habitación, el de suspensión de la prescripción o el que nace del pacto de retroventa, y de los que reclaman la entrega o pago de bienes inembargables. Tampoco se puede ejercer la acción oblicua

sobre los derechos y acciones que se relacionan exclusivamente con los valores morales del deudor. Por ejemplo, no procede demandarla para impugnar la paternidad respecto de un presunto hijo, o para declarar al deudor del acreedor hijo o heredero de otra persona, o para demandar la nulidad de su matrimonio, divorcio o separación de bienes con su cónyuge. No cabe para ejercer acciones de reparación por injurias, o daños o lesiones a derechos extrapatrimoniales, aunque sí para indemnización de daños y perjuicios.

Tiene su origen en el derecho francés y en la legislación colombiana, por ejemplo, se la conoce como subrogación legal de los acreedores en el ejercicio de los derechos y acciones del deudor. Su escenario más común es el del concurso de acreedores “sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente(...)” como dice el Art. 2368 del CC. Pero también se da en el caso de que el deudor sea arrendador y que los acreedores pasen a percibir los cánones para cobrarse como dice el Art. 1906 del CC o viceversa, si el deudor es arrendatario, pueden los acreedores subrogarse en el goce que está teniendo del bien arrendado y en la pérdida de la cosa que se debe, pues los acreedores pueden reclamar al tercero que ha destruido la cosa como explica el Art. 1693 del CC. El Doctor Brigante (2010) afirma que la finalidad de esta acción no es la de evitar que los bienes salgan del patrimonio del deudor, como ocurre en el caso de algunas medidas cautelares como la prohibición de enajenar, sino que el patrimonio del deudor se incremente.

En la práctica esta acción no se considera efectiva porque 1) la sentencia que se dicta en este juicio no surte efectos contra el verdadero deudor a menos que se cuente con él en el juicio,

porque se deduce que de acuerdo al Art. 286 del CPC el deudor del deudor no es parte procesal; 2) no da privilegios ni ventajas particulares al acreedor que ejerció la acción de cobrar primero, sino que la acción oblicua beneficia de igual manera a todos los acreedores del deudor, por lo que es posible que el esfuerzo y tiempo del acreedor que haya logrado el ejercicio de esta acción sean en vano.

2.4.1. c) II Acción pauliana.- Por acciones positivas del demandado.

Consiste en la posibilidad que tienen los acreedores para impugnar las enajenaciones efectuadas por su deudor con fraude a sus intereses. Se le atribuye su creación al pretor romano Paulus y nació como un mecanismo de buena fe que servía en el derecho romano para proteger la equidad. Y es que la acción pauliana permite dejar insubsistente una enajenación parcialmente es decir, solo en la parte que perjudica a los acreedores en cuyo perjuicio se ha hecho la enajenación o hasta el importe del crédito, o totalmente, cuando el tercero queda privado de los derechos y beneficios que hayan reportado el acto.

Es directa, porque el acreedor ejerce una acción que le pertenece y debe afectar a los acreedores en cuanto lesione sus créditos. Es decir que el deudor deberá haber defraudado a los acreedores o haberles causado un *eventus damni*. Para que ocurra el consabido fraude pauliano, el deudor que todavía no ha sido declarado legalmente insolvente pero en la práctica ya lo es, debe tener conocimiento del mal estado de sus negocios. A él tiene que imputársele la mala fe o intención de hacer daño con la que obró al celebrar actos que lo colocaran en imposibilidad de pagar sus deudas y que lo condujeran a la insolvencia, o la agravaran, si ya había llegado a ella. La acción no procede cuando al deudor no le es imputable la mala fe, aunque haya incurrido en imprevisión,

temeridad, negligencia o descuido de la libre administración de sus bienes. Un tipo de fraude pauliano es consilio fraudulento o el arreglo entre el deudor y los terceros adquirentes que participan, a sabiendas, en actos o contratos que producen o aumentan la insolvencia del deudor con perjuicio de sus acreedores. Aplica en el caso del numeral 1º del Art. 2370 del CC. No hay consilio fraudulento en el caso de donaciones o legados, por ejemplo, porque estos actos son gratuitos y no se puede apreciar la buena o mala fe del beneficiado con dicho acto. En estos casos existe el *animus nocendi* por parte del deudor que consiste en la mala fe de disminuir su patrimonio y perjudicar a los acreedores.

Pero ¿cómo se obtiene en el primer caso la prueba del fraude? Explica Ospina (2008) que como el fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor que es un hecho psicológico difícil de demostrar, la existencia del fraude pauliano se demuestra con “(...) pruebas indirectas relativas a los antecedentes del acto impugnado y de las circunstancias que han rodeado su realización (...)”.

La acción pauliana hace surgir en el tercero la obligación de restituir lo que adquirió o le adjudicaron hasta el importe que corresponde al acreedor accionario, porque revoca los actos fraudulentos del deudor, los cuales se reputan no celebrados, pero no necesariamente invalida totalmente el acto impugnado como lo hace la acción de nulidad. Sin embargo, también procede la acción de nulidad contra los actos del deudor que perjudiquen a sus acreedores cuando éste ha sido declarado insolvente como lo establece el numeral 3º del Art. 1594 del CC.

Es más efectiva que la acción oblicua, porque los efectos del fallo solo benefician a los acreedores que la han ejercido

permitiéndoles obtener la aprehensión y venta de los bienes recuperados hasta la concurrencia de sus créditos. El remanente, si lo hubiere, quedaría a favor del tercero condenado a la restitución, sin perjuicio de que otros acreedores intenten ejercer la acción pauliana sobre el saldo.

2.4.1. c) III Acción de simulación.

La simulación es la declaración ficticia que hacen las partes para engañar a terceros acerca de la verdadera realidad de un acto. Se pretende con la simulación dar la apariencia de una declaración válida y eficaz para eludir prohibiciones legales, perjudicar a un tercero u ocultar por conveniencia la verdadera voluntad de las partes.

La acción de simulación se plantea para descubrir la verdad y con el objeto de que los bienes que jurídicamente han salido del patrimonio del deudor regresen a él para poder ser embargados. Según Alessandri y Somarriva puede dar origen a una acción civil, cuyo objetivo sería dejar sin efecto el contrato y obtener la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y una acción penal para exigir el respectivo castigo a los que han celebrado el contrato simulado. Sin embargo, en nuestra legislación penal no existe el delito de simulación como tal, aunque sí el de estafa y falsificación de documentos que el derecho español conoce como simulación documental.

El Proyecto del Código Orgánico Integral Penal introduce en su Art. 153 el delito de simulación de plagio que consiste en que "(...)La persona que simule estar plagiada con el propósito de obtener dinero, bienes, títulos, documentos, beneficios, acciones u omisiones, y que para el efecto de alcanzar su liberación haya distraído recursos del Estado, será sancionada con pena privativa

de libertad de uno a tres años.”, el delito de usurpación y simulación de funciones públicas que en su Art. 275 numeral 1º reza: “La persona que ejerza funciones públicas sin autorización o simule cargo o función pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años(...)”, el delito de simulación de exportaciones o importaciones que consiste en la exportación o importación ficticia o la del producto importado a un destino diferente al que se declaró para obtener el beneficio de subvenciones, incentivos o cualquier otro tipo de aporte o ayuda del estado.

Los acreedores tienen la acción de simulación y la pauliana en virtud del fraude del deudor. La acción de simulación se diferencia de la pauliana, porque la primera puede pedirla el acreedor antes o después del contrato simulado, mientras que la segunda solo puede pedirla el acreedor que fuere anterior al acto ejecutado por el deudor. Puede ejercitar la acción de simulación todo aquel que tenga un interés jurídico en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes, y para hacerlo es indispensable que exista un perjuicio actual es decir, que exista al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse a futuro, y cierto y que se vulneren real y efectivamente los derechos de quien se dice lesionado.

El embargo se extingue mediante un acto procesal, pero es necesario que el Registrador de la Propiedad inscriba la providencia que acredite su extinción en un asiento de cancelación. En el caso de remate público es necesario que el Registrador de la Propiedad inscriba el Auto de adjudicación para que se extingan los efectos jurídicos del remate. El embargo agota sus efectos al cumplir con su finalidad. El juez no puede vender el bien embargado en pública subasta cuando se ha deducido una tercería excluyente de dominio y cuando el inmueble embargado ha sido

expropiado. Cuando se embargan bienes que pertenecen a un tercero, éste puede oponerse invocando su derecho de dominio mediante la tercería de acuerdo al Art. 498 del CPC. No se pierde el dominio por el hecho de haberse vendido el inmueble en la ejecución, ya que el tercerista podrá reivindicarlo al tercer adquirente mientras su derecho no se haya extinguido por prescripción. No siempre es necesario deducir una tercería de dominio para levantar el embargo, porque la propiedad del inmueble puede justificarse de forma fehaciente sin necesidad de sustanciación de prueba aun contra la voluntad del embargante.

Entre los bienes inembargables a los que se refiere el Art. 1634 del CC está el patrimonio familiar al que el Código Civil lo regula en el Título XI del Libro II. También lo hace la Constitución en su Art. 69 por lo que el patrimonio familiar por mandato constitucional es inembargable. En el Código Civil es específicamente el Art. 839 el que indica que el patrimonio familiar es inembargable y no está sujeto a gravamen real. También es inalienable, no puede ser objeto de partición, división, comodato, sociedad, renta vitalicia, anticresis y está excluido de la sociedad conyugal. Esta institución de derecho social que data de la época de los romanos, es inembargable porque protege el haber familiar y la estabilidad económica familiar impidiendo cualquier acción de los acreedores que pueda afectar esa estabilidad. En el Ecuador hay dos clases de patrimonio familiar: el que constituyen voluntariamente el marido, mujer o ambos de acuerdo al Art. 835 del CPC y el constituido por las leyes o el que se constituye ipso iure o de pleno derecho “para proteger los bienes adquiridos fuera de la actividad económica libre y más bien como resultado de la acción social de cooperativas, mutualistas y reforma agraria” tal como dice la Corte Suprema de Justicia en su fallo publicado en la Gaceta N°11 de la Serie XIV:

“El Registrador de la Propiedad se negará a inscribir un embargo cuando, en los Libros, aparezca un asiento registral que determine que el

titular del dominio del inmueble embargado es persona diferente al ejecutado. Por lo que solo pueden embargarse los bienes que son propiedad del deudor, es decir los que constan a su nombre en el certificado del Registro de la Propiedad como lo exige el Art. 439 del CPC. Suspendirá la inscripción de un embargo cuando, en el Repertorio, aparezca una anotación que determine que se ha iniciado un procedimiento registral que puede modificar el dominio del inmueble materia del embargo, y, solo cuando haya concluido el proceso de inscripción del título previamente anotado, proceder a inscribir o negar la inscripción del embargo.”

El desistimiento de la demanda termina el proceso y vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto, así lo establece el Art. 385 del CPC, consecuentemente, si dentro del proceso se había decretado y practicado un embargo, éste queda extinguido.

La declaración de abandono producido por ministerio de la Ley. Declarado el abandono por el Ministerio de la Ley y establecido que dentro del proceso se ha dictado el embargo, corresponde al Juez que declaró el abandono , ordenar la cancelación del embargo, según la Gaceta Judicial 5 Serie XII que indica que en caso de que si no se hubiere resuelto sobre la cancelación de las medidas precautelatorias, se hará a petición de parte.

2.4.2. Preventivas.- Son anteriores al proceso y se encuentran detalladas en la Sección 27^a –que lleva su nombre- del Libro II del Título II del Código de Procedimiento Civil. Para el profesor Cruz Bahamonde, las providencias preventivas no son actos preparatorios, entonces surge la pregunta:

¿Cuándo las providencias preventivas constituyen un verdadero proceso

conocido como Proceso Cautelar?

En la legislación ecuatoriana, las providencias preventivas constituyen un verdadero proceso cautelar que se sigue por cuerda separada cuando se presenta una demanda sobre secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes de acuerdo al Art. 902 del Código de Procedimiento Civil y a la Gaceta Judicial, Serie XII, No. 12, pág. 2502-03-04 (27-V-76). Como todo proceso o juicio como lo llama el Art. 904 del Código de Procedimiento Civil, el cautelar se origina en una pretensión a la que Alsina (1982) se refiere como pretensión procesal cautelar a través de la que se pide una resolución cautelar que ordene una determinada medida cautelar. Este proceso es unilateral, porque la resolución cautelar se dicta y se cumple sin audiencia del afectado o *inaudita pars*. La concesión sin notificación previa no lesiona el derecho a la legítima defensa del demandado o ejecutado, pues para que se ejecute el auto se exige contracautela. Así ocurre en el caso del secuestro según el Art. 919 del Código de Procedimiento Civil.

El término probatorio para el Juicio de Medidas Cautelares es de 3 días luego de lo cual, si procede, el juez dictará el respectivo auto de secuestro, retención o prohibición de enajenar, según el caso conforme lo dicen los Arts. 902 y 903 del Código de Procedimiento Civil. La legislación procesal peruana ahonda más en el tema del proceso cautelar y explica que una vez que se ha notificado al afectado, éste puede presentar los recursos de apelación y nulidad, así como el extraordinario de casación. También puede solicitar la modificación de la medida y la variación de los bienes sobre los que recae su monto y en caso de que el juez se la conceda, se notificará previamente al titular de la medida. Por ende, el proceso cautelar no solo tiene una limitación temporal, pues también caduca como lo indica el Art. 923 del Código de Procedimiento Civil, sino que cabe las medidas adoptadas en el proceso pueden ser alteradas e incluso revocadas.

El Art. 921 de nuestro Código de Procedimiento Civil solo dice que las providencias preventivas son apelables en el efecto devolutivo, pero no especifica si pueden presentarse otros recursos además del de apelación.

El Proceso Cautelar es aceptado por un gran sector de la doctrina como Carnelutti y Calamandrei incluyendo a autores nacionales como Cruz Bahamonde (2001) y Salcedo (2006). Es instrumental, accesorio y comprende todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar. Procedimentalmente hablando es autónomo, pero no independiente.

Se diferencia del proceso definitivo o ulterior, porque según Carnelutti (1956) el proceso cautelar está en relación mediata con la litis, mientras que el definitivo "sirve inmediatamente para la composición de la litis o el desenvolvimiento del negocio, o en otras palabras, cuando su efecto sobre la litis o sobre el negocio se produce sin que medie otro proceso". El proceso cautelar sirve al definitivo de tutela, para su buen fin, como un medio de aseguramiento. La figura intermedia entre el proceso definitivo y el proceso cautelar es el proceso posesorio. El proceso posesorio, según el procesalista italiano antes citado, "no tiene carácter provisional" y no implica ni excluye al proceso definitivo. Comprende los procesos de reintegración, conservación y obra nueva o daño temido.

Para Carnelutti (1956) el proceso cautelar puede clasificarse, según su fin, en instrumental y final. Es instrumental el que "tiende a garantizar los medios del proceso definitivo" y es final el que "sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo". El mismo autor también tiene otro criterio de clasificación que comparten Devis Echandía (2007) y Azula Camacho en base a la distinción entre el carácter *conservativo* y el carácter *innovativo* de la tutela. El proceso cautelar es conservativo, cuando el litigio es "provisionalmente arreglado mediante el mantenimiento del estado de hecho" como el caso del secuestro y es innovativo, cuando se logra "el arreglo provisional del litigio mediante la

alteración y no mediante el mantenimiento del estado de hecho" como es el caso del arraigo.

El proceso cautelar es complementario a los procesos declarativos, de conocimiento y de ejecución.

2.4.2. a) Prohibición de enajenar

Sirve para prevenir la enajenación en fraude de acreedores a la que se refiere textualmente el Código Civil argentino. Es una medida cautelar de tipo patrimonial y de carácter subjetivo que restringe la capacidad de disposición que tiene el titular del derecho de dominio. Coarta la libertad del deudor para administrar el bien sobre el que ha recaído la prohibición y para venderlo e impide la alteración de la situación de derecho real inmobiliaria existente al momento en que se dicta, como medio para asegurar la ejecución forzada de una obligación.

La prohibición de enajenar solo puede recaer sobre bienes que sean embargables, porque su objetivo es hacer factible la traba del embargo sobre el bien afecto a la prohibición y venderlo en pública subasta. Así como los bienes inmuebles que son materia de la prohibición de enajenar deben ser embargados con preferencia a los otros bienes del deudor de acuerdo al primer inciso del Art. 439 del CPC. Sí admite caución de acuerdo al Art. 425 del Código de Procedimiento Civil. Se extingue si el embargo del inmueble se practica dentro del mismo proceso, pero se suspenden sus efectos jurídicos si el embargo es practicado en proceso distinto.

Su inscripción no impide una inscripción traslativa de dominio que estaba en trámite a la fecha de la notificación del auto que la ordena, ni la inscripción de los contratos de arrendamiento, anticresis y comodato, ni la inscripción de una demanda sobre el dominio o posesión del inmueble. Existen prohibiciones legales, judiciales y voluntarias o convencionales de enajenar. Las convencionales o voluntarias no se inscriben en el Registro

de la Propiedad así exista una orden judicial, porque su esencia jurídica es la de un pacto o promesa de no hacer y siendo el derecho de dominio de orden público, no puede limitarse por una convención entre particulares, sino por mandato expreso de la ley. Por lo tanto, el pacto de no enajenar la cosa arrendada no es oponible a terceros y sólo se sanciona con la indemnización de perjuicios como lo indica el Art. 1902 del CC.

Sólo puede ordenársela en un proceso de jurisdicción contenciosa y no en uno de jurisdicción voluntaria, porque en el primero es en el que hay un conflicto de intereses y solo en este tipo de procesos se puede resolver una controversia de derechos.

La prohibición de enajenar que recae sobre bienes inmuebles debe inscribírsele en el Registro de la Propiedad del Cantón donde se encuentra situado el inmueble con fines de publicidad, pues de esa manera se pone de conocimiento general que el inmueble cuenta con esa prohibición. Sobre los bienes inmuebles solo se constituyen, modifican o limitan los derechos reales mediante la inscripción en el Libro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Registro de la Propiedad. Su cancelación puede ser parcial o condicionada. Es parcial cuando la medida se refiere a varios inmuebles determinados y el Juez libera o levanta la prohibición de uno o varios y la mantiene en los restantes. Es condicionada cuando se pretende que el propietario del bien con prohibición de enajenar pueda negociarlo para pagar las obligaciones de carácter dinerario que motivaron la imposición de esta medida preventiva.

Se cancela con la inscripción del embargo si ésta se hace dentro del mismo proceso en que se decretó. También se cancela si en un proceso en el que se discute el dominio de un bien, la sentencia declara que el inmueble pertenece a persona diferente a la que la soporta o si el acreedor beneficiado por la prohibición de enajenar renuncia a su

derecho.

Es común en los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal, en el que existe un enfrentamiento de intereses de ambos cónyuges y en el que puede suscitar una ocultación o el intento de ocultar bienes gananciales por parte de uno de los cónyuges o por los dos con el deseo de beneficiar a terceras personas o reducir los valores adeudados al haber de dicha sociedad. Es por este motivo, que el Juez podrá conceder al cónyuge que usualmente no es el administrador de la sociedad conyugal como protección el otorgamiento de esta medida para trabar la libre disposición de los bienes cuya titularidad la tiene la misma sociedad conyugal que se está disolviendo ya sea para asegurar la integridad de su cuota de gananciales o para recuperar sus bienes de acuerdo al Art. 130 del CC. No procede, sin embargo, la prohibición de enajenar ordenada sobre los activos de compañías cuyas acciones o participaciones sociales pertenecen al haber de la sociedad conyugal, porque el patrimonio de las compañías es independiente del patrimonio de sus socios o accionistas y sus inmuebles no responden por las deudas de éstos.

2.4.2. b) Retención o secuestro

El secuestro consiste en la aprehensión judicial de la cosa litigiosa o de los bienes del deudor a fin de asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso. La cosa litigiosa puede ser mueble, raíz -solo en caso de deterioro- y fruto de los raíces (de acuerdo al Art. 906) que un tercero en calidad de depositario custodia hasta que se resuelva la controversia materia del litigio y se decida finalmente a quién pertenecerá la cosa. El secuestro de bienes raíces se inscribirá en el Registro de la Propiedad del Cantón al que estos pertenezcan, y mientras subsista la inscripción no podrá inscribirse ninguna enajenación o gravamen, excepto la venta en remate forzoso, sin perjuicio de los derechos de terceros.

En la práctica es la Oficina de Depositarios designados por la Corte

Provincial es la que se encarga del secuestro de bienes. Por cada secuestro se elabora un acta en la que debe constar la descripción **con precisión del estado en el que el depositario recibió el bien.**

El secuestre de un inmueble cumple las funciones de depositario y mandatario de acuerdo a los Arts. 2154 y 2160 del CC y debe rendir cuentas y entregar la cosa en el estado en que le fue dada, demostrando que su administración ha sido eficiente.

Es el mero tenedor de la cosa de acuerdo al Art. 729 del CC, pero tiene la facultad de defender la cosa iniciando hasta una reclamación de policía o acción judicial contra cualquier persona que se hubiere apoderado o pretendiere apoderarse de la cosa secuestrada, sean estas personas extrañas al litigio o incluso cualquiera de los depositantes que haya tomado la cosa sin consentimiento del otro, o sin decreto del juez, según el caso como dice el Art. 2159 del CC.

Al secuestre corresponden los actos de guarda, custodia, administración, defensa y manejo de los bienes para su conservación sin poder usarlos en beneficio propio ni de otro. A él aplican las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos en los que se refiere al depositario, su obligación de rendir fianza para el ejercicio de su función y de procurar que los bienes secuestrados rindan frutos en beneficio del dueño del bien y del acreedor.

Para Podetti (1969) hay secuestro cuando se sustrae del uso y disposición del sujeto aquejado por la medida de una cosa, generalmente mueble, sobre la cual se litiga o se va a litigar, poniéndola en manos de un custodio judicial mientras se resuelve la controversia.

El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor (Art. 2273 Código Civil colombiano). En efecto, el secuestro es una forma especial de depósito, pero se diferencia del depósito ordinario porque el secuestro supone la existencia de una

controversia entre dos o más personas la cual no es necesaria en el caso del depósito ordinario, el secuestro puede referirse a bienes tanto muebles como inmuebles, mientras que el depósito solo aplica a los bienes muebles salvo excepciones y al secuestro la ley le confiere facultades administrativas y la prohibición de entregar la cosa sin orden judicial, arbitral o por acuerdo unánime entre las partes que no corresponden habitualmente al simple depositario.

El secuestro de acuerdo a nuestra legislación puede ser convencional o judicial. El convencional se configura por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso; y, el judicial se constituye por mandato judicial y no necesita otra prueba. El secuestro judicial se ordena cuando en el proceso principal se discute el derecho de propiedad, posesión y tenencia de un bien determinado. Sirve para garantizar la conservación de una cosa que constituye o constituirá objeto o prueba en otro proceso distinto de cognición y evitar que ésta se pierda o deteriore en manos de su poseedor.

El secuestro también puede ser provisional o definitivo. El primero lo ordena el juez tan pronto como lo solicitan, dando tres días para presentar pruebas, después de lo cual dará la resolución definitiva. Se cancela si el que lo solicitó no inicia una acción judicial dentro de 15 días. Para el segundo se requiere probar el mal estado de los negocios y que el demandado trata de ocultar, enajenar o desaparecer el bien.

El secuestro tendrá lugar previa la información sumaria, aún cuando no concurren los requisitos de prueba que justifique la existencia del crédito y que los bienes del deudor se hallan en mal estado, o que pueden desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos en el caso de reivindicación a los que se refieren los Arts. 945 y 946 del CC. Se procederá del mismo modo si el litigio versa o ha de versar entre el dueño y el tenedor o administrador de una cosa.

Si se trata de una cosa raíz, podrá cualquiera de las partes pedir que inmediatamente se proceda al inventario, para que conste el verdadero estado de la cosa, y el Juez nombrará al perito que haya de formar el inventario.

El secuestro de un vehículo se realiza internándolo en un almacén permanente accesible al afectado. El vehículo no podrá ser retirado del almacén sin orden escrita del Juez.

El secuestro de títulos de crédito o certificados de depósito a los que se refiere el Art. 33 de la Ley de Almacenes Generales de Depósito se hará mediante la anotación respectiva en el documento u hoja adherida al documento, consignando en el título o certificado la frase “documento secuestrado”, conjuntamente con la copia compulsada de su designación y del Acta de Secuestro en la que se precisarán todos los datos como calidad, cantidad, número, peso y medida de el/los bien/es secuestrado/s que permitan individualizar el documento como indica el Art. 427 del CPC.

El secuestro de la cosa materia de la acción reivindicatoria se tramita como incidente en el proceso reivindicatorio probando el motivo del temor que la cosa mueble se pierda o deteriore en manos del poseedor, quien deberá consentir en el secuestro o prestar seguridad de restitución, para el caso de ser condenado a restituir.

2.4.2. c) Inventario

Para Cabanellas (1986) el inventario es la relación ordenada de los bienes de una persona o de las cosas o efectos que se encuentran en un lugar con la indicación en un acta de su nombre, número, clase, descripción de su naturaleza, estado y elementos que puedan servir para su identificación o avalúo. El inventario debe indicar la manera con que se llevó a cabo la custodia de documentos, y los nombres de las personas a

quienes se entregaron los papeles y muebles inventariados. En el inventario también deberá constar las observaciones y alegaciones de las partes que discutan si algún objeto deba inventariarse o no. Normalmente se dictan en los casos de divorcio o disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal para salvaguardar los derechos patrimoniales de los cónyuges dentro de la misma.

También puede solicitarse el inventario de los documentos, bienes muebles y semovientes, así como de bosques y plantaciones que pueden ser talados. Tiene como finalidad la conservación de los bienes inventariados que puedan formar parte del patrimonio del deudor.

2.4.2. d) Arraigo

Del latín *ad* y *radicares* del vocablo *radiz*, o raíz, el arraigo es la prohibición de ausentarse del país hasta que se concluya el proceso que aplica tanto al deudor extranjero que no tiene domicilio ni bienes raíces como a quien debe prestar alimentos y no lo hace de acuerdo al Art. 142 del Código de la Niñez y Adolescencia. Tiene como antecedente la abolida prisión por deudas su efecto es el de limitar libertad de tránsito del deudor o restringir su derecho de locomoción como lo llama Quiroga (1985).

Puede ser sustituida por una caución y constituyéndose a un *apoderado expensado*. Si el deudor quebranta la prohibición de ausentarse, podrá ser aprehendido en cualquier lugar en que se encuentre, y reducido a prisión hasta que de las seguridades de que pagará lo que se ordena en la sentencia. La finalidad del arraigo es asegurar la responsabilidad, el pago de una deuda, de quien es llamado a juicio de comparecer al mismo y de responder a los riesgos del proceso. El arraigo solo procede en los procesos de conocimiento, ya que en el juicio ejecutivo sería inconstitucional. En el derecho argentino, la

excepción de arraigo como se la conoce, es una medida cautelar concedida al demandado y se ordena en la persona del actor. Totalmente lo opuesto al derecho ecuatoriano. En cambio, en derecho colombiano solamente es aplicable al quebrado o fallido.

2.5 Otras medidas cautelares en la práctica del Derecho Ecuatoriano

2.5.1 Nombramiento de interventor

El interventor es la persona que lleva cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado de acuerdo al Código de Procedimiento Civil Chileno. Lamentablemente nuestro CPC ni siquiera lo nombra como lo hacen otras legislaciones, pero la L.Com en su Sección XI “DE LA INTERVENCIÓN” explica que las compañías pueden ser intervenidas mediante resolución para corregir las irregularidades que determinaron su intervención, procurar el mantenimiento del patrimonio de la compañía y evitar que se ocasionen perjuicios a los socios, accionistas o terceros como lo indica el Art. 357 de la L.Com. También se nombra un interventor para la percepción de créditos futuros como cánones de arrendamiento u honorarios profesionales que en tales casos desempeña el papel de depositario judicial.

También procede cuando el juez interviene los bienes del demandado, para administrar la cosa objeto del litigio o para hacer efectiva una medida decretada respecto del mismo.

2.5.2 La interdicción provisoria

La interdicción provisoria tiene puesta la mira en la interdicción definitiva que ha de decretarse en el juicio de interdicción y está regulada en los Arts. 467 del CC y 748 del CPC. La interdicción será provisional

tanto en su contenido como en su vigencia en el tiempo, ya que ésta podrá desaparecer antes de la sentencia.

A partir de la interdicción provisoria se debe presumir de pleno derecho la nulidad de los actos realizados por el interdicto con posterioridad a su decreto provisional, siempre y cuando la sentencia declare la interdicción definitiva; caso contrario, la medida cautelar no surtirá efecto alguno por lo que se entenderá que la interdicción provisoria no se produjo ya que el supuesto interdicto estaría amparado por la presunción de capacidad. Por lo tanto, si una persona que ha sido declarada interdicto provisoriamente contrata y en sentencia no se lo declara interdicto, el contrato tiene plena validez y no puede demandarse su nulidad. En vista que el interdicto es un incapaz absoluto, no puede contratar así haya celebrado el contrato en un intervalo lúcido.

La interdicción provisional puede darse en tres clases de procesos: interdicción por prodigalidad o disipación, por demencia o insanidad de juicio y por sordomudez. La primera se notificará al supuesto disipador y requiere de las declaraciones de los parientes más inmediatos, de mayor edad y mejor juicio, del supuesto pródigo que en ningún momento constituirán prueba testimonial. La segunda requiere del certificado médico que informe sobre la realidad y naturaleza de la demencia expedido bajo la gravedad del juramento, en el cual se describa la perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad del interdicto, porque no toda psicosis acarrea de por sí la incapacidad.

Al declarado provisionalmente interdicto se le nombrará un curador interino de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 753 del CPC. En este caso la curaduría es dativa, porque la confiere el juez.

Sus efectos son los de retirar provisionalmente al interdicto de la administración de sus bienes, desvirtuar la presunción de capacidad y reemplazarla por la de incapacidad. Los autos de interdicción provisional deberán inscribirse en los libros correspondientes de los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil, donde el interdicto tenga bienes raíces. También deberá notificarse su interdicción al público en general mediante su publicación en un periódico de amplia circulación con el propósito de que toda persona pueda enterarse del estado en que se encuentra la persona y se abstenga de negociar con ella de la forma que lo indica el Art. 468 del CC.

2.5.3. Suspensión provisional de obra nueva u obra ruinosa

Es común en los juicios posesorios cuando el juez del lugar donde se construye la obra dispone su suspensión total o parcial. Para solicitarla, el demandado debe acompañar a la demanda la prueba del perjuicio que causa la obra sobre su cosa/propiedad y que ésta le pertenece. Propuesta la demanda, el juez se hará una inspección judicial junto con un perito del lugar donde se construye la obra, aún cuando hubiere expirado el término de prueba según dice el Art. 683 del CPC, y se apreciarán las circunstancias que determinan el estado de peligro. Se conoce como acción de daño temido.

También se puede ordenar en una servidumbre cuando las aguas lluvias arrojadas sobre un predio que corren por su cauce artificial causan un daño grave e inminente, es decir para tapar la cañería; para cortar un árbol, derrumbar una pared u obligar al demandado a ejecutar cualquier otro tipo de actividad con el objetivo de prevenir un daño inminente, mientras continúa el proceso principal.

Tiene como antecedente las *cautio damni infecti* y *missio in possessione, ex primo decreto* del derecho romano que consistían, la primera, en que si un edificio estaba cerca de una cosa sobre la cual un

sujeto tenía un derecho y esto le significaba a la cosa un peligro, podía exigírsele al dueño del edificio que prestara caución a fin de prevenir el daño que podría ocasionarle a la cosa si el edificio se cayera, por ejemplo. En el segundo caso si el propietario del edificio se negaba a rendir caución, el magistrado podía autorizar al solicitante entrar en posesión del edificio. Si esta medida resultaba infructuosa, el magistrado podía ordenar la transferencia definitiva de todos los derechos del vecino sobre el edificio que amenazaba ruina.

Su naturaleza jurídica ha sido discutida por Carnelutti y Rocco, por mencionar algunos. El primero considera que la suspensión provisional de obra nueva o ruinoso no es una medida cautelar, sino que pertenece al proceso posesorio que, según explica, es la figura intermedia entre el proceso definitivo y el cautelar. Quiroga (1985) concuerda con Carnelutti al afirmar que la suspensión provisional de obra nueva o ruinoso carece de provisionalidad porque la sentencia dictada en este tipo de procesos “(...) no está a la espera de otra sentencia que las ratifique (...)” ni es instrumental porque el “(...) fallo tomado en este proceso tiene un fin en sí mismo (...)”.

Rocco por su parte sí la considera una medida cautelar porque pretende conservar el estado de hecho y de derecho real frente a un peligro que amenaza los intereses del actor. Se considera que Rocco está acertado, pues la suspensión provisional de obra nueva o ruinoso sí es una medida cautelar de carácter patrimonial, porque sí depende de una sentencia definitiva que la ratifique y no tiene un fin en sí mismo, ya que podría decretarse una suspensión definitiva o levantarse. Además concurren los presupuestos de las medidas cautelares que son: *periculum in mora*, *fumus bonis iuris* –el derecho discutido no es la posesión, sino el derecho de construcción de la obra nueva o ruinoso – y *contracautela*.

2.5.4. Anotación de la litis

Es común en los juicios en los que se discute la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real y es aplicable solo en los bienes inmuebles. Su objeto es la publicidad de la litis para que, los terceros adquirentes de buena fe del inmueble o aquellos a cuyo favor se constituye un derecho real no puedan oponerse alegando ignorancia y debiendo soportar los efectos de la sentencia. Se lleva a cabo cuando no se ha podido obtener el embargo preventivo y requiere la interposición de la demanda que el juez deberá admitir o no, basándose en los fundamentos de hecho y de derecho y la verosimilitud del derecho invocado. No impide el embargo, la prohibición de enajenar y la libre circulación del bien en el comercio que puede ser vendido o gravado. Su único efecto es la publicidad del litigio, a fin de que los terceros adquirentes no puedan ampararse en la presunción de buena fe el que se limita al inmueble motivo de la anotación, pues no se extiende a los otros bienes del demandado. Se extingue por sentencia, caducidad, desistimiento o transacción con la terminación del juicio en el cual ha sido decretada. Cuando el actor ha triunfado, no puede cancelarse hasta que no se cumpla la sentencia condenatoria y el actor sea reintegrado en su derecho. En el caso de que la demanda sea desestimada, el demandado podrá pedir su cancelación como se propone en el Capítulo V. Debería ser gratuita de acuerdo al Art. 1003 del CPC, sin embargo esta disposición en la práctica no se respeta.

2.5.5. Guarda de bienes y aposición de sellos

Esta medida es común en los juicios sucesorios y consiste en sellar adhiriendo papel o cinta adhesiva a los muebles y documentos relativos a la sucesión que eran de propiedad del difunto y guardarlos hasta que se proceda al inventario solemne y efectos hereditarios de acuerdo al Art. 1245 del CC para impedir el acceso de personas a los mismos y que los bienes no se deterioren o extravíen. El juez del lugar donde se hubiere abierto la sucesión será el encargado de disponer que se haga un listado

de los bienes que en el momento del fallecimiento el difunto poseía, incluso de los que estaban bajo su vigilancia, ya que según Quiroga (1985) "(...) si en el lugar existe un bien que posiblemente el difunto lo tenía en calidad de tenedor debe también relacionarse pues en la diligencia no podrá discutirse ningún derecho que el causante pudiera tener sobre los bienes muebles (...)". En la diligencia de fijación de sellos se mencionará: la fecha en que se verifique; los motivos que hubo para ello; el nombre y domicilio del que las solicitó -puede solicitarla cualquiera que tenga o presuma tener interés en la sucesión como indica el Art. 605 del CPC por lo que se considera a esta medida de carácter común- o la razón de que se procedió de oficio; la presencia o ausencia de los interesados; los lugares, escritorios, cofres o escaparates sobre cuyas cerraduras se hayan fijado los sellos; el juramento que prestaren los moradores de la casa o casas sobre no haber visto ni oído que alguien haya sustraído cosa alguna perteneciente a la sucesión; y, la enumeración de los objetos que no se han puesto bajo sello.

El juez conservará en su poder las llaves del local donde se encuentren los bienes en de acuerdo al Art. 903 del CPC hasta cuando sea tiempo de levantar los sellos según se haya formado el inventario y entregado los bienes y papeles al depositario, albacea o heredero correspondiente. La diligencia en que conste el acto de levantar los sellos contendrá: la fecha del acto; el nombre y domicilio del que lo solicitó – tienen derecho a hacerlo las mismas personas que pueden solicitar su fijación de acuerdo al Art. 615 del CPC- ; el auto en que se ordenó levantar los sellos; haberse practicado las citaciones a los herederos, al ejecutor testamentario y a los acreedores de la sucesión que no estuvieren fuera del cantón en que se siga el juicio; los nombres de los interesados y del perito o peritos que concurrieron a evaluar las cosas que se fueren inventariando; y, el reconocimiento de los sellos y la razón del estado en que se los encontró.

2.6. La caducidad en la legislación procesal civil ecuatoriana

El CPC en su Art. 923 ya ha marcado un punto de partida para el desarrollo de la presente hipótesis estableciendo:

“Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor.

Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.

El inciso anterior es aplicable tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.”

El secuestro de un inmueble o finca caduca, de acuerdo al Art. 594 del CCo cuando no se rematan los objetos dados en prenda que se encuentran en la finca o inmueble secuestrado dentro de los 15 días contados de la fecha del vencimiento del plazo.

Sin embargo, es preciso destacar que una vez inscrita la demanda de los juicios que versan sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también en las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias en el Registro de la Propiedad que caduca a los tres meses como dice el penúltimo inciso del Art. 1000 del CPC, debería hacer caducar de pleno derecho la medida cautelar accesoria al proceso principal. Por lo que, transcurrido ese plazo, hipotéticamente, el juez de oficio debería levantar la medida cautelar que garantizaba la pretensión de la demanda en lo principal.

Las medidas cautelares normalmente cesan cuando desaparece el peligro que se ha procurado evitar o cuando se rinde caución suficiente –

en los casos que la ley lo permita-. Sin embargo, es menester que también cesen en el caso particular del Art. 1000 del CPC.

2.6.1 La caducidad por inactividad

La caducidad es un modo de extinguirse la relación procesal, caso contrario esta podría llegar a ser eterna. Se produce después de cierto periodo de tiempo por la inactividad de los sujetos procesales y responde a razones de orden público y de interés general. La inactividad consiste en la inercia voluntaria de las partes por falta de interés y en su incumplimiento de actos de procedimiento. Las medidas cautelares no solo caducan para favorecer al ejecutado cuando el actor ha dejado de interesarse por perseguir la acción principal, sino también para librar al órgano jurisdiccional de la necesidad de pronunciarse sobre el proceso principal y de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal, para restablecer el orden jurídico alterado por la existencia de un proceso, así como la tranquilidad pública y pacificación social. No se pretende con esto de dar una connotación positiva a la caducidad, pero sí de mencionar sus efectos.

La caducidad pone fin al proceso y por ende también debería de poner fin a todos los actos realizados, aunque según Chiovenda (1999) no los destruye, pero de acuerdo a este criterio, que no se comparte, las medidas cautelares perderían su accesoriedad. Sin embargo claro está que la acción no se extingue tal como lo indica la Resolución No. 07-2008, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil publicada en el Registro Oficial N° 376 de 8-VII-2008.

El tiempo fija los momentos en que los hechos se producen, modifican o extinguen. Influye en los actos procesales en cuanto determina su duración y los momentos en que se inician y terminan para que surtan los efectos jurídicos que buscan la realización de la justicia. El proceso es una entidad jurídica que opera a través del tiempo y del

espacio. En nuestra legislación como dice Cruz Bahamonde (2001) plazo es el género y término la especie.

La prescripción es un modo de adquirir el dominio de acuerdo al Art. 603 del CC y también es un modo de extinguir las obligaciones de acuerdo al numeral 11 del Art. 1583 del CC, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido las acciones y derechos, durante cierto tiempo. La sentencia judicial que declare la prescripción será la escritura pública de los bienes raíces o derechos reales adquiridos, sin embargo no valdrá frente a terceros sin la inscripción respectiva. Las acciones judiciales y derechos ajenos también prescriben dentro de un tiempo si durante el mismo no se hayan ejercido dichas acciones. Este tiempo se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible. La prescripción de las acciones judiciales y derechos ajenos también puede plantearse como excepción. Se diferencia de la caducidad, porque prescriben las acciones y caducan las instancias. Ambas buscan que no se prolongue el estado de incertidumbre de un derecho invocado, pero hay teorías que dicen que la caducidad aunque se produce de pleno derecho, no puede declararse de oficio, sino a petición de parte. Sin embargo hay quienes consideran que la caducidad es una especie de prescripción y otros como Cabanellas (1986) las diferencian, pues según explica, la caducidad ocurre cuando no se tramitan acciones y recursos y la prescripción cuando se cumplen los plazos establecidos en las leyes. Cita los puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Ennecerus y otros al señalar que la prescripción siempre es legal, opera generalmente a través de una excepción, y se aplica únicamente a los derechos potestativos que tienen una duración indefinida y solo se pierden cuando hay negligencia en su uso; mientras que en la caducidad el derecho está sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. Además, en la caducidad, a diferencia de lo que ocurre en la prescripción, generalmente no se admiten causas de interrupción o suspensión.

Se comparte el criterio que “(...) la caducidad per se es diferente de la prescripción, pues, aquélla es de carácter objetivo y no acepta situaciones personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado, mientras que la prescripción es de índole subjetiva. Asimismo, la caducidad opera ipso jure y es declarable de oficio; en tanto que la prescripción debe ser alegada e invocada a su favor por quien quiere aprovecharse de ella.(...)” como se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo en su Resolución N°184-07 publicada en el Registro Oficial 339-S de 17-V-2008.

2.6.1. a) El desistimiento

Es una declaración de voluntad que elimina los efectos jurídicos de un acto procesal ya realizado y termina la relación procesal sin una sentencia de fondo. Se diferencia de la renuncia a los actos procesales, porque esta última comprende los actos futuros y pasados, mientras que el desistimiento solo recae sobre los ya ejecutados. Además, en el desistimiento el actor abandona su pretensión y el proceso, pero no el ejercicio de los derechos que puedan corresponderle, por lo que en cualquier momento podrá iniciarlo de nuevo.

Consiste en eliminar los efectos jurídicos de los actos procesales como si no hubiesen existido: vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberlo propuesto (Art. 376 CPC). El caso que interesa es el del desistimiento total, pues es el que pone fin al juicio y por lo tanto deberá poner fin a la medida cautelar. Pero también existe el desistimiento parcial de un incidente, recurso o reconvención que se diferencia del desistimiento del juicio porque no le pone fin.

El desistimiento existe por motivos de economía procesal y por el principio dispositivo del procedimiento civil que impide iniciar y continuar un proceso de oficio y contra la voluntad de la parte a quien corresponde su impulso. Implica el abandono del derecho a pedir una sentencia y en

ningún momento tiene carácter de cosa juzgada ni depende de la aceptación del deudor. Algunos autores discuten la bilateralidad del desistimiento, sin embargo en nuestra legislación solo el desistimiento condicional requiere el consentimiento de la parte contraria para admitirlo como indica el Art. 374 del CPC. En este caso particular que puede presentarse en la forma de prohibición de reiniciar el mismo juicio pasado un tiempo o si el demandado no cumple ciertas obligaciones, requiere su consentimiento y equivale según Devis Echandía (2007) a una transacción.

Para Alsina (1982) es “(...) el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar con el proceso (...)”. En derecho romano el desistimiento aparece cuando declina la noción de la *litis contestatio* como un contrato procesal en efecto consuntivo, es decir, la prohibición de formular nueva demanda sobre el mismo derecho material. En el derecho justinianeo cambia el sentido de la *litis contestatio* como el momento procesal en el que se configura el litigio con la demanda, la citación del demandado y la presentación de la *contradictio* sin efecto consuntivo; como consecuencia, la demanda podía ser retirada. En la Edad Media se mantuvo esta concepción que luego pasó a los códigos de la edad moderna.

Nuestra legislación procesal civil diferencia al desistimiento del abandono por cuanto el primero debe ser declarado expresamente, y requiere la providencia del juez que lo acepte.

3.6.2. b) El debido proceso

Cabe destacar que el proceso como tal según Guasp (1968) es un instrumento de satisfacción de pretensiones. Entiéndase a la pretensión como la reclamación o queja que se trata de satisfacer. El proceso para Chiovenda (1999) es “(...)un conjunto de una sucesión de actos coligados para el fin común de la actuación de la voluntad de la ley y procediendo

ordenadamente al alcance de este fin.” Se conoce como debido proceso a la realización ante el órgano jurisdiccional de estos actos cumpliendo con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento.

La titularidad del derecho al debido proceso no corresponde solamente a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, incluidas las de Derecho Público quienes pueden acudir a los órganos jurisdiccionales que deberán de resolver sus pretensiones con criterios jurídicos razonables y que siempre justifiquen sus pronunciamientos.

Zavala Egas (2011) habla de una dimensión sustantiva y otra adjetiva del debido proceso, entendiéndose a la primera y citando a Gozaini (2004) como “(...) la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de las autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho Constitucional (...)” por lo que cuando exista contradicciones entre principios o normas se actuará conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del Art. 3 de la LOGJCC. En cuanto a la dimensión adjetiva del debido proceso o la dimensión formal se debe respetar la reserva de ley, esto es, el procedimiento debe ser guiado siguiendo la impronta de las normas que constan la Constitución.

El derecho al debido proceso está garantizado en los Arts. 76 y 169 de la Constitución y consiste en asegurar a las partes procesales la oportunidad de ser oídas por un Juez competente que es imparcial, de alegar las manifestaciones y pretensiones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas y contradecir las aportadas por la contraparte en su tiempo oportuno y de impugnar las resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho. Es decir, de hacer uso de su legítima defensa y de tener acceso a una tutela judicial efectiva.

Siendo el proceso el conjunto de actuaciones que se dan dentro de una litis aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas,

es indispensable que para la satisfacción de la justicia este proceso cumpla con la mecánica procesal fundada en la Ley, en especial en el caso que interesa, en el Código de Procedimiento Civil.

Para Couture (1958) el debido proceso es “(...) una garantía que comprende el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente. (...)” El debido proceso como un mecanismo de aplicación en el sistema procesal, es un manual al que deben ceñirse todos los actos y procedimientos de los funcionarios de los órganos de poder público. Tiene su origen en el derecho anglosajón que lo llama *due process of law* y lo enunciaba en la Carta Magna de Inglaterra del año 1215 como un mecanismo de protección de los barones normandos frente al Rey “Juan Sin Tierra” para evitar el castigo arbitrario y el despojo de sus tierras sin un juicio legal. Sin embargo, la expresión apareció por primera vez en la Carta Magna de 1354. El debido proceso pasó a ser aplicable a todas las colonias inglesas y luego a todos los países que poseen el sistema jurídico romano-germánico.

Dice Bernal (2005) que el debido proceso es el axioma madre del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar cuando de por medio se encuentra la determinación de derechos y obligaciones de una persona. Da a los ciudadanos una certeza jurídica que asegura el goce de sus derechos y trae confianza, precisión y tranquilidad en las relaciones humanas. El debido proceso culmina con la cosa juzgada y lo cierto es que ninguna declaración extrajudicial puede sustituir la certeza jurídica obtenida por la cosa juzgada.

La función del debido proceso es proteger a los ciudadanos de los excesos y abusos de las ilegalidades que pudiere cometer un funcionario o un órgano estatal en un procedimiento legal. Por eso se lo califica de

justo o debido proceso, porque respeta las garantías constitucionales y conserva el Estado de Derecho.

Se viola la garantía del debido proceso, cuando se obtiene una condena por la presentación de un testigo que las autoridades acusadoras reconocen que es perjurio y su vulneración constituye un atentado a los derechos de las partes en un proceso, al Estado y a la seguridad jurídica e impide que el sistema procesal sea uno de los medios idóneos para alcanzar la realización de la justicia.

Las normas del debido proceso

La garantía de cumplimiento por parte de las autoridades administrativas y judiciales es la primera norma del debido proceso enunciada en el 1º numeral del Art. 76 de la Constitución. Consiste en garantizar el cumplimiento de la Constitución y las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico de manera independiente y autónoma de tal manera que los fallos y resoluciones se encuentren apegados a derecho y tengan una sólida base legal.

Bernal (2005) acierta cuando dice que "(...) el debido proceso es el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar y entre ellos encontramos los siguientes. La garantía de presunción de inocencia enunciada en el 2º numeral consiste en asumir que la persona conserva su "estado jurídico de inocencia" hasta que no se demuestre lo contrario. La carga de la prueba recae en quien alega los hechos y al imputado solo le corresponde presentar pruebas de descargo para confirmar su estado de inocencia. Se comparte el criterio de Zavala Baquerizo (2002) de que no se debería presumir la inocencia, sino la culpabilidad que es el juicio de reproche que hace el Estado al acusado. La inocencia forma parte de la personalidad

del hombre desde que nace hasta que muere y solo se desvanece cuando se dicta una sentencia condenatoria.

La garantía de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* no es aplicable solamente al proceso penal, sino también en el ámbito administrativo y en general en todos los procesos. Conocida como principio de legalidad, esta garantía también implica que la ley escrita preexistente deberá ser interpretada en su tenor literal a favor del acusado y que el acto procesal debe llevarse a cabo cumpliendo con las formalidades que se exigen para su admisibilidad y eficacia jurídica.

La eficacia probatoria es la cuarta norma del debido proceso consiste en la valoración de la prueba, porque las pruebas son válidas siempre y cuando hayan sido obtenidas o actuadas sin violación de la Constitución. El juzgador podrá calificar de nula a la prueba aportada bajo circunstancias inconstitucionales cuando se han incumplido los preceptos que se refieren a la práctica procesal de la prueba.

El *in dubio pro reo* al que se refiere el numeral 5° del Art. 76 de la Constitución consiste en la interpretación de la norma y en la valoración de la prueba. En este caso se permite la retroactividad de la ley penal, porque permite la aplicación de una ley más favorable al infractor que se expidió con posterioridad a la infracción. El requisito indispensable para que opere el *in dubio pro reo* es que exista la duda por parte del juzgador. La igualdad procesal que pretende conseguir el principio de proporcionalidad del numeral 6° del Art. 76 tiene como finalidad impedir el abuso, arbitrariedad y la desproporción de las resoluciones judiciales y administrativas. El justiciable no puede ser discriminado y la pena debe tener relación con la lesión que causó el imputado en el bien jurídico protegido.

La legítima defensa implica que nadie puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley. Consiste en el derecho a ser oído en defensa de sus derechos en audiencia, a contradecir las imputaciones formuladas en su contra, en el derecho a presentar pruebas, realizar alegatos y utilizar todos los medios posibles para evitar quedar en indefensión e incluso lograr conseguir otro resultado procesal. El acusado o imputado puede defenderse con el patrocinio y asesoramiento de un abogado o sin necesidad de éste defendiéndose por sí mismo en los casos relativos a garantías jurisdiccionales y a las causas que conozcan los Jueces de Paz según el Art. 327 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La publicidad de los procesos como séptima norma del debido proceso permite a quienes son parte procesal acceder al proceso para conocer las decisiones judiciales que no le han sido notificadas. Impide que existan en el proceso actuaciones ocultas y permite que los procesos sean siempre controlados por todos, sin perjuicios de reservas justificadas para preservar bienes más valiosos. Los únicos procedimientos que no son públicos son los que atentan contra la Seguridad del Estado y los delitos sexuales.

La garantía de *no bis in idem* impide que una persona sea juzgada dos veces por lo mismo. Ninguna persona puede volver a ser sometida a juicio cuando ya ha sido juzgada anteriormente por la misma causa. El carácter de cosa juzgada es el que permite que esta garantía se opere, pues le concede a las resoluciones judiciales ejecutoriadas la característica de inmutables con lo que evita que el ciudadano quede expuesto a ser sometido a los órganos jurisdiccionales de manera reiterada por la misma causa. Prohíbe el doble juzgamiento por un mismo hecho a fin de evitar abusos por parte de la autoridad. Su ámbito de acción es ilimitado en razón de la materia, porque no puede entenderse reducido al campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente

delictivas, sino que debe entenderse también aplicable a la adopción de cualquier tipo de resoluciones que produzcan en las personas un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos. Por este motivo, es aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales o administrativas que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada.

Esta garantía procesal fundamental también está contemplada en la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que es obligación de toda autoridad respetar este principio fundamental del debido proceso.

La fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales es otra norma del debido proceso que obliga a los jueces a justificar y hacer explícitas sus decisiones. Para que una sentencia pueda considerarse motivada, deberán explicarse las conclusiones a las que llegó el Juez describiendo el contenido del material probatorio de tal manera que se pueda verificar si éste ha cumplido las reglas de la sana crítica.

El derecho a reclamar en contra de las resoluciones, autos y sentencias es también conocido como el derecho a impugnar. Toda persona que se crea perjudicada, puede acudir ante la autoridad que dictó la resolución o ante la autoridad superior para lograr una revocatoria o declaración de nulidad si se han omitido solemnidades sustanciales en el proceso.

La tutela judicial efectiva

Consiste en el acceso a la justicia. Las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. La tutela judicial efectiva garantiza el derecho de acceso de toda persona a la administración de justicia en defensa de sus derechos a través de un procedimiento previamente

establecido. Las autoridades competentes son las encargadas de subsanar la violación de los derechos. Para Perrino (2003) comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: concurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil sobre el fondo del asunto que no necesariamente sea favorable, acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa, a un juez natural e imparcial de acuerdo al Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción; a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; a petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas de acuerdo al literal I) del Art. 76 de la Constitución; a impugnar la sentencia definitiva; a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada, al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable y a contar con asistencia de un abogado.

Por lo tanto, para obtener una tutela judicial efectiva es necesario acudir a las normas del debido proceso, porque éste es un medio para alcanzarla. No hay tutela judicial efectiva sin las medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la sentencia

definitiva. Del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares.

La igualdad *inter partes*

El Juez tiene que actuar como un tercero no vinculado a la problemática específica materia del conflicto. El principio de igualdad como base del proceso civil tiene el objetivo de equiparar a las partes y no negar al uno lo que se le concede al otro. Sin embargo, no compete a esta explicación ahondar en el precepto *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte), porque como se ha explicado en líneas anteriores, las medidas cautelares se dictan *inaudita pars* que es una de las excepciones al precepto. La igualdad a la que se hace referencia en este numeral es a la “razonable igualdad de posibilidades” como explica Couture (1958) en el ejercicio de la acción y la defensa. El principio de imparcialidad de los jueces juega un papel importante en el respeto de la igualdad ante la ley, por eso están prohibidas las reuniones privadas entre los jueces y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La igualdad formal a la que se hace referencia en este numeral es la igualdad ante la ley de la que tanto se ha escrito y que consiste en la paridad de trato en la legislación y aplicación del derecho. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en reiteradas ocasiones de la doble significación de la igualdad como un límite al ejercicio del poder legislativo y en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente sus decisiones que en situaciones similares ha tomado y cuando considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que justificarlo. Sobre el tema de la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido criterios a fin de identificar si se ha producido la afectación del derecho de

igualdad por parte de los órganos administrativos que valen la pena transcribir:

“- Debe ser una misma entidad administrativa la que haya expedido las resoluciones contradictorias respecto a la aplicación de una determinada norma.

- Debe existir una sustancial identidad entre los supuestos de hecho resueltos en forma contradictoria por el órgano administrativo. Para tal efecto, basta que existan *suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de hecho enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, debieron merecer una misma aplicación de la norma.*

- Debe acreditarse que existe una tendencia o *línea constante* en la interpretación y aplicación de las normas por parte de las entidades administrativas.

- Debe evaluarse si existe una fundamentación adecuada que justifique la variación del criterio de interpretación, como por ejemplo, que haya existido una variación del precedente administrativo por parte de los órganos competentes.”

El principio de igualdad presupone el de generalidad que establece que todo aquel que se encuentre en la misma situación jurídica deberá recibir el mismo trato y la ley tiene que ser idéntica para todos.

Explica Pérez Luño (2007) que “(...) el principio de equiparación⁴ supone un trato igual de circunstancias o situaciones no coincidentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa”. La equiparación implica la existencia de rasgos comunes y establecer un criterio de relevancia que nada tiene que ver con las circunstancias personales o sociales de las personas.

⁴ Como presupuesto del principio de igualdad.

Ejemplos de este principio son palpables en situaciones reguladas por nuestra legislación como la igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio a la que se refiere el Art. 136 del CC, la igualdad de condiciones laborales para el hombre y la mujer y la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación. El Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que el principio de igualdad no impide que el legislador diferencie si con tal diferenciación se persigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible. La idea de diferenciación supone, por lo tanto, un complemento y apoyo a los principios de generalidad y equiparación. Se traduce en la formulación de unos criterios o estándares que asumen las situaciones peculiares a través de unas pautas normativas aplicables a una pluralidad de situaciones comunes típicas como por ejemplo el principio de igualdad ante la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno conforme la exigencia de diferenciación al referirse a la exención del pago del impuesto a la renta por parte de los discapacitados y personas de la tercera edad en la forma que indica su Art. 9.

Al trato desigual entre los iguales se lo conoce como discriminación. El derecho a la igualdad normalmente se pierde cuando se encuentra amenazado o vulnerado un derecho fundamental como el derecho a la vida, el trabajo o la educación. Siempre que exista un trato desigual debe justificárselo como favorecer el ejercicio del derecho a la propiedad de las personas con menos recursos. En estos casos la igualdad carece de relevancia si las personas son desiguales por naturaleza u otras causas como es el caso de los discapacitados.

Esta herencia de Rousseau que aparece en los ordenamientos jurídicos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho crea un clima de seguridad jurídica que combate la arbitrariedad del poder público.

Fundamentación legal

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 687 de 18 de Mayo de 1.987 actualizado a la fecha es la base legal para el análisis del presente trabajo de investigación. El Código Penal ecuatoriano publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147 del 22 de enero de 1.971 actualizado a la fecha es la fuente que tipifica el delito de prevaricato. El Libro III del Código de Procedimiento Penal referente a las Medidas Cautelares clasifica a las medidas cautelares en reales y personales y se refiere a cada una de ellas en el proceso penal. La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008 es la norma suprema que garantiza el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Además, el COFJ, la LGISF, el CCo, el Código de la Niñez y Adolescencia, las Leyes de Registro, Almacenes Generales de Depósito, Mercado de Valores, Cheques, Propiedad Horizontal, Casación y las Resoluciones de las Salas de las Cortes Constitucional, Nacional y Provincial de Justicia publicadas en los Registros Oficiales hacen referencia a la materia de estudio de este trabajo de investigación: las medidas cautelares.

El Proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y el Proyecto de Código Procesal Unificado elaborado por el Consejo de la Judicatura y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en la parte que se refieren a las Medidas Cautelares y al Proceso Cautelar, respectivamente sirven de guía para la elaboración de la propuesta. El Proyecto del Código Orgánico Integral Penal introduce nuevos delitos además del de prevaricato como lo es el de simulación de plagio.

3. HIPÓTESIS

Las ausencia de un plazo de caducidad de las medidas cautelares en el Art. 1000 del CPC vulneran el debido proceso y la igualdad *inter partes*.

Variable independiente

La ausencia de legislación procesal civil ecuatoriana que determine la caducidad de las medidas cautelares después de haberse inscrito la demanda.

Variable dependiente

La vulneración del debido proceso

La desigualdad entre las partes en un proceso judicial.

4. DEFINICIONES CONCEPTUALES

Para Palacio las medidas cautelares son “aquellas que tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.” (Palacio, Lino 1998).

Podetti por su parte indica que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de un interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, para hacer eficaces las sentencias de los jueces.” (Podetti, 1969).

Salcedo las define de la siguiente manera:

“Son un conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales de justicia o arbitrales –antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia- en beneficio del acreedor que fundamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo, y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier

circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o laudo firmes”. (Salcedo, E. 2006).

Gallegos advierte que las medidas cautelares “son aquellas que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.” (Gallegos, 2006).

Las medidas cautelares, como su nombre lo indica, cautelan contra la lentitud del proceso y previenen el riesgo de que la demora en llegar hasta la sentencia no haga ilusorio el fin del proceso.

Los procesos cautelares consisten en las medidas preventivas que se asumen para salvaguardar la situación jurídica de un acreedor frente a la posibilidad de que su deudor no esté en capacidad de cumplir con la obligación (Morán Sarmiento, 1999).

El derecho de retención es la facultad legal, reconocida genéricamente a todo acreedor civil, de legitimar por su sola voluntad la manutención de una relación real sobre una cosa, total o parcialmente ajena, e incluso propia, que, establecida al amparo de la ley, ha devenido ilegítima con la finalidad de constreñir el cumplimiento voluntario de una obligación de dar suma de dinero, que es debida por razón de esa misma cosa, y que salvo los casos de retención anómala, solo autoriza a su titular a mantenerse en la relación real hasta que se extinga el crédito, o su acción, o se garantice su cumplimiento (Somarriva, s/f).

La traba del embargo consiste en la sujeción jurídica del objeto embargado, en razón de la cual el poder de disposición sobre el mismo pasa ahora al estado y es sustraído al deudor, en tanto lo exija la realización de la ejecución (Rosemberg, s/f).

La caducidad es el lapso que produce la extinción de un derecho o la pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo

para ejecutarla (Cabanellas de Torres, 2006).

El prevaricato es un delito contra la administración pública que consiste en la transgresión de la ley, llevada a efecto con actos de acción u omisión por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones y por carga o motivo de estas (García Falconí, 1992).

Una acción es personal cuando reclamamos contra el que nos está obligado a causa de un delito o de un contrato; es decir cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar; y es real cuando pretendemos que un objeto corporal es de nuestra propiedad o que un derecho nos compete (Gayo, siglo II).

El debido proceso es la garantía constitucional de que los procesos judiciales se lleven adelante en la forma necesaria para asegurar una decisión justa y oportuna. (Luna Osorio, 2009).

El principio de celeridad consiste en la administración de justicia rápida y oportuna y en la obligación de los jueces a proseguir el trámite dentro de los términos legales una vez iniciado el proceso. El retardo injustificado es imputable a los jueces y demás servidores públicos (Art. 20 COFJ 2009).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

Diseño de la investigación

La investigación tiene un enfoque mixto, esto es, cuali cuantitativo, porque se han utilizado las técnicas de recolección de datos y análisis estadístico para demostrar la factibilidad de la realización de un proyecto de ley que reforme el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

El enfoque también es cualitativo, porque se ha empleado información sin medición numérica para responder a las preguntas de investigación como lo son la historia de las medidas cautelares desde Roma hasta la actualidad, sus presupuestos, su inserción en el derecho ecuatoriano y sus características y clasificación en la legislación procesal civil.

La hipótesis que se plantea y el tipo de investigación son explicativa y descriptiva, porque la primera da razones del porqué las medidas cautelares vulneran el debido proceso, la igualdad inter partes y el derecho a la tutela judicial efectiva, y la segunda responde la causas de la necesidad de la caducidad de las medidas cautelares cuando caduca la demanda y explica la institución de las medidas cautelares y su origen.

Población y muestra

Las observaciones se han realizado mediante encuestas a cien abogados y estudiantes de derecho cursan los últimos años de carrera, y a una entrevista a la Dra. Vanessa Aguirre, encargada del Instituto de Derecho Procesal en la UASB, con el fin de conocer su opinión sobre un proyecto de reforma a la Ley de Procedimiento Civil. El número del muestreo se considera suficiente debido al alcance y factibilidad del presente trabajo de investigación. Se ha considerado el criterio costo/beneficio en el número seleccionado; esto es, 100 encuestados.

A los cien abogados y estudiantes de derecho se les entregó un cuestionario en el cual se refleja su aceptación de la propuesta y de la hipótesis planteadas.

La metodología aplicada para la selección de la muestra se considera no probabilística por juicio y conveniencia, pues aunque fue aleatoria no fue al azar, ya que se realizó para una determinada población: abogados y estudiantes de derecho que conocen del tema y se han pronunciado sobre el mismo compartiendo sus conocimientos previos adquiridos de la materia en cuestión.

Este grupo de encuestados constituye una muestra representativa, porque se ha realizado en un grupo de personas típico que son los conocedores en Derecho. Además, ha resultado ser el grupo de personas a los que se tiene fácil acceso y con quienes se frecuenta a diario.

Conceptualización y operacionalización de variables en indicadores y sus índices

Variable	Conceptualización	Indicadores	Índices
Independiente La ausencia de legislación procesal civil ecuatoriana que determine la caducidad de las medidas cautelares	La falta de limitación del ámbito de acción de las medidas cautelares en la legislación procesal civil.	Instrumentos de recolección de datos como encuestas, observaciones y descripciones a determinado a estudiantes, abogados y doctores	-Presencia de implementación El Art. 1000 del CPC implementado con la caducidad de la medida cautelar
Dependiente Vulnera el debido proceso	Ocurre cuando se incumple ante el órgano jurisdiccional los actos	Encuestas Teorías de autores nacionales y extranjeros	-Grado en que las medidas cautelares juzgan el reconocimiento de un derecho

	constitucionales en materia de procedimiento.		
Dependiente Crea una situación de desigualdad entre las partes	La desigualdad inter partes es la situación en la que las partes procesales se encuentran en diferentes condiciones; ya sea de superioridad o inferioridad.	Encuestas a los estudiantes, abogados y doctores que han intervenido como parte procesal en un proceso ya sea como actores, demandados o procuradores judiciales	-Nivel en el que las medidas cautelares sean acción preventiva

Instrumentos de recolección de datos

Para la investigación de la caducidad de las medidas cautelares se han utilizado fuentes primarias, como lo son libros de Derecho Civil, Procesal Civil, Penal, Procesal Penal y Constitucional de autores nacionales y extranjeros, tesis de maestrías y diplomados, documentos no publicados, manuscritos, revistas jurídicas y artículos relacionados con el tema publicados en revistas digitales. También se han utilizado fuentes secundarias como lo son la entrevista a la Dra. Vanesa Aguirre a cargo del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal que redactó con otros juristas el proyecto de Ley de reforma del Código de Procedimiento Civil y las encuestas dirigidas exclusivamente a conocedores del derecho para saber su aceptación de la propuesta.

Como una guía se utilizó el libro del Dr. Ernesto Salcedo Verduga titulado “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje” porque aunque el tema de este trabajo de investigación está dirigido al estudio de la aplicación, pertinencia y caducidad de las medidas cautelares en el derecho procesal

civil ecuatoriano y no en los métodos alternos de solución de conflictos como se considera al arbitraje, el texto antes citado ha servido para aclarar conceptos que en un principio estaban confusos con respecto a las medidas y el proceso cautelar.

Se han empleado las fuentes terciarias como documentos que compendian nombres y títulos de revistas jurídicas como las de la UCSG y otras publicaciones, así como los boletines jurídicos que edita periódicamente la Cámara de Comercio de Guayaquil, conferencias y simposios. Se ha acudido a detectar fuentes no documentales como el listado de Asambleístas que conforman la Asamblea Nacional para identificar a los que pertenecen a la Comisión de Justicia que es la encargada de receptor y debatir los Proyectos de Ley. Además, por cuestiones de forma, se recibieron directrices del Centro de Investigaciones de la UEES.

Técnicas de investigación y pasos a utilizar

Las técnicas de esta investigación no experimental se consideran exploratoria y descriptiva como mencioné con anterioridad. Para ello, se han descrito las características de las medidas cautelares, su origen histórico, su inserción en el derecho civil ecuatoriano y la pertinencia de su caducidad.

Los pasos y plazos de la investigación han sido descritos en el Diagrama de Gantt.

Se han seguido las siguientes directrices:

Planteamiento de la pregunta

Identificación de los factores importantes

Formulación de una hipótesis

Recopilación de la información pertinente

Prueba de la hipótesis

Trabajo con la hipótesis

Para la elaboración del marco teórico y conceptual se siguieron dos pasos:

1. Revisión de la bibliografía y literatura correspondiente.
2. Adopción de una teoría o desarrollo de una perspectiva teórica.

Reconsideración de la teoría

Elaboración de conclusiones y recomendaciones

La propuesta

Bibliografía

Para procesar y analizar los datos se clasificaron las encuestas en dos grupos: las contestadas por abogados y las contestadas por estudiantes de derecho. Se obtuvieron dos porcentajes por respuesta.

CAPÍTULO IV: PROCESAMIENTO, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este capítulo se demuestran, a través de gráficos, los resultados de las encuestas realizadas a personas con conocimiento en Derecho Procesal Civil. Los datos han sido recolectados a 50 estudiantes y 50 docentes de la UCSC, UEES, UASB y Universidad San Francisco de Quito.

La investigación se considera de carácter mixto, porque ha sido cuali cuantitativa ya que las preguntas de investigación, particularmente las trianguladas en las figuras 1 y 5, verifican la hipótesis planteada en el numeral 3 del Capítulo II. La mayoría de los encuestados considera que es pertinente reformar parcialmente para fijar un plazo de caducidad a las medidas cautelares en el Art.1000 del CPC y de esa manera respetar el derecho al debido proceso y la igualdad que merecen las partes.

El primer objetivo ha sido verificado a través de la figura 2 que demuestra, mediante medición numérica y conteo, que la mitad de los encuestados considera que las medidas cautelares juzgan el reconocimiento de un derecho y la otra mitad, lo contrario. Por lo que se concluye que en la población y muestra hay un criterio dividido en cuanto a la función de las medidas cautelares.

La investigación es cualitativa por cuanto también se han realizado observaciones y descripciones de los resultados de las figuras que reflejan los criterios y la percepción que tienen los estudiantes de Derecho, abogados y Doctores en Jurisprudencia de los presupuestos, aplicación, pertinencia y caducidad de las medidas cautelares.

1. ¿Está Ud. de acuerdo que exista un proyecto de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Civil ecuatoriano?

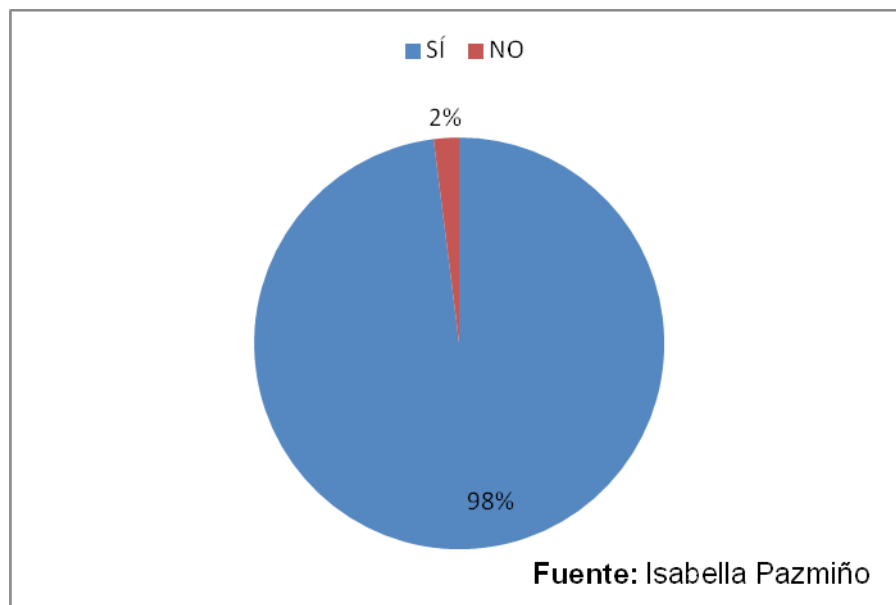


Figura 1. Gráfico de aceptación de una reforma al Código de Procedimiento Civil. Se puede observar que el 90% de los 100 encuestados, entre ellos 50 estudiantes de Derecho, 35 Abogados y 5 Doctores en Jurisprudencia están de acuerdo con que se reforme parcialmente el Código de Procedimiento Civil; y el 10% está en desacuerdo.

Los que están en desacuerdo piensan que ya se han reformado, desde la Constitución de 2008 suficientes leyes como para seguir haciendo cambios procedimentales y que el actual CPC fue codificado recientemente, en 2005.

Casi todos los encuestados, por el contrario, creen que las reformas de la última codificación no fueron sustanciales y que hasta la fecha prácticamente se utiliza el modelo del Código de 1938 que a su vez transcribió la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1871, por lo que algunas disposiciones del CPC actual son ambiguas o caducas.

Consideran que una reforma es indispensable para eliminar a la jurisdicción coactiva que para muchos no debería ser un juicio el coactivo, sino una acción regulada bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Otra modificación que harían, sería con respecto a los términos y plazos en cuanto deberían estar expresamente en el CPC las sancionase a los jueces que los incumplen sin necesidad de remitirse al COJF.

Los redactores del Proyecto de Código de Procedimiento Civil en los considerandos estiman indispensable que se introduzca la oralidad en la sustanciación de todos los procesos como lo indica la Constitución, mientras que el Código Procesal Unificado lo que pretende es que las disposiciones que contiene sean aplicables a todas las materias de orden civil, laboral, familiar y cualquier otra que disponga la ley como indica el su Título Preliminar.

2.¿Considera Ud. que las medidas cautelares juzgan el reconocimiento de un derecho?

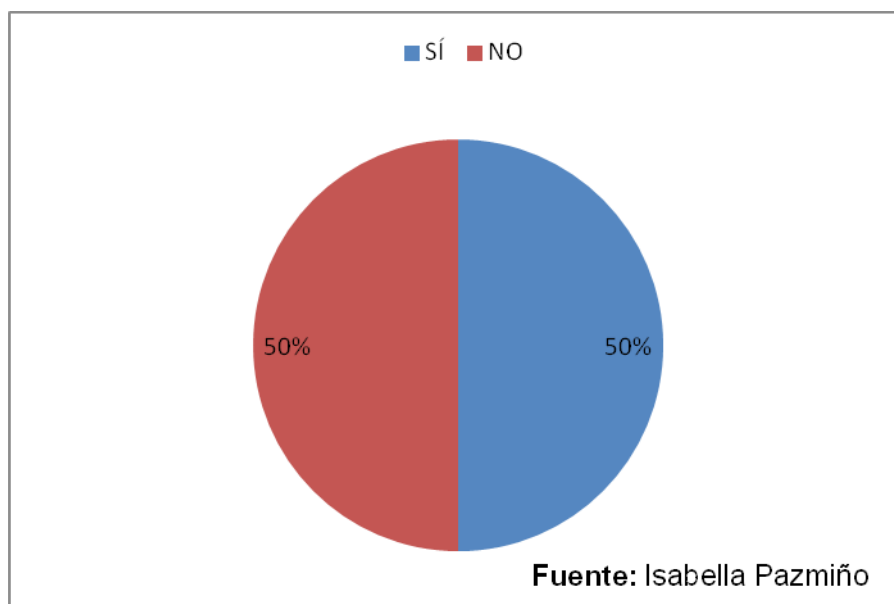


Figura 2. Gráfico de las Medidas Cautelares como medidas que reconocen un derecho. Se observa que el 50% de los encuestados, entre ellos 27 estudiantes de Derecho, 13 Abogados y 10 Doctores en Jurisprudencia, comparten el criterio que se intenta demostrar; esto es, que las medidas cautelares no juzgan el reconocimiento de un derecho; mientras que la otra mitad de los encuestados, sí creen que las medidas cautelares juzgan el reconocimiento de un derecho.

Los que dicen que no, defienden la provisionalidad de las medidas cautelares, la cual se verá revocada en el proceso principal. Para ellos las medidas cautelares son interinas que no se fundan en la verdad absoluta, sino solo en una verdad aparente o *fumus bonis iuris*. Los que dicen que sí consideran que las medidas cautelares permiten obtener los efectos anticipados de la sentencia, y por ello, están prácticamente reconociendo el derecho invocado. En realidad el juzgamiento que se hace es el de la verosimilitud del derecho fundado en pruebas que Calamandrei llama *leviores* o *prima facie* las cuales no necesariamente le dan certidumbre al juez, pero tienen carácter vinculante y que llegarán a demostrar la credibilidad del derecho que se alega.

3. ¿Cree Ud. que las medidas cautelares son una acción preventiva?

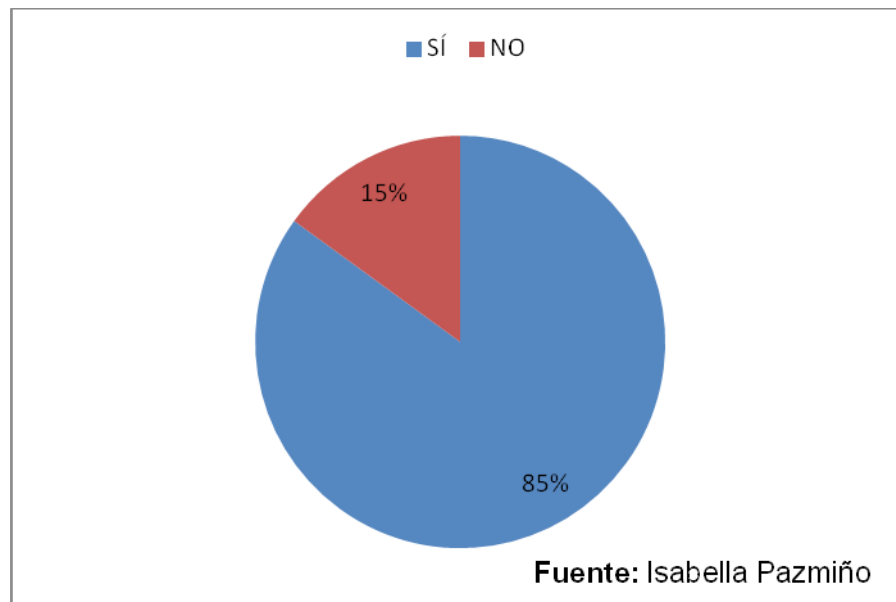


Figura 3. Gráfico de las Medidas Cautelares como acción preventiva. La mayoría de los encuestados creen que sí son una acción preventiva, puesto que como su nombre lo indica, la acción preventiva previene el daño temido, previene que se tutele un derecho mientras se traba la litis, los perjuicios que luego del proceso puedan ser de difícil o imposible reparación, la ineficaz administración de justicia y que el fallo a favor del actor quede desprovisto de eficacia por la realización de irreversibles contrarios a derecho.

Sin embargo, hay un pequeño porcentaje que considera que algunas veces las medidas cautelares más que preventivas son medidas de aseguramiento y conservación porque les garantizan a los demandantes que las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional se podrán cumplir y que la sentencia será ejecutada eficaz e íntegramente. Lo que aseguran –como su nombre lo indica- es una tutela judicial efectiva. Si fueran acción preventiva para el 15% de los encuestados, no existirían medidas precautelatorias, sino solo providencias preventivas.

4. ¿Piensa Ud. que las medidas cautelares pueden llegar a ser una diligencia previa?

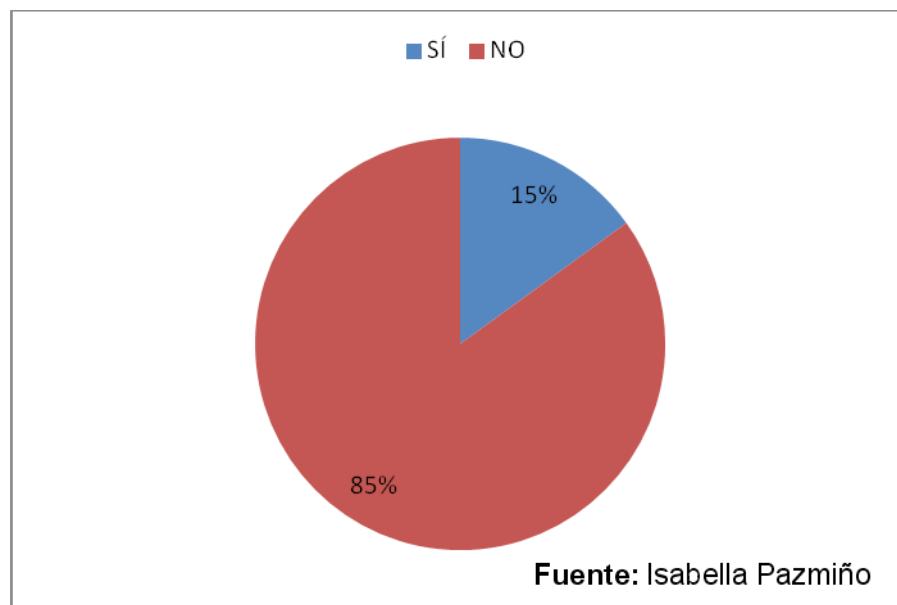


Figura 4. Gráfico de las Medidas Cautelares como diligencias previas. Sólo 15% de los encuestados piensan que las medidas cautelares son una diligencia previa, y el 85% no, porque aunque como su nombre lo indica, proveen cautela, evitan que durante la ejecución de un proceso y no antes que se inicie el mismo, se produzcan daños y perjuicios de difícil o imposible reparación.

De acuerdo a la jurisprudencia la inspección judicial es una diligencia previa, así se refiere a ella la Sentencia No. 001-10-SEP-CC, del Pleno de la CC publicada en el R.O. 117-S, 27-I-2010, así como lo son la notificación de títulos de crédito, exhibición de documentos, confesión judicial como medio probatorio e información sumaria, entre otros.

En el Capítulo VI se recomienda que las providencias preventivas también sean consideradas diligencias previas, porque éstas son anteriores -o como su nombre lo indica previas- al proceso y algunas cumplen el objetivo de las medidas cautelares clasificadas como de aseguramiento de la prueba.

5. ¿Considera Ud. que al Art. 1.000 del Código de Procedimiento Civil debería agregársele la caducidad de la medida cautelar?

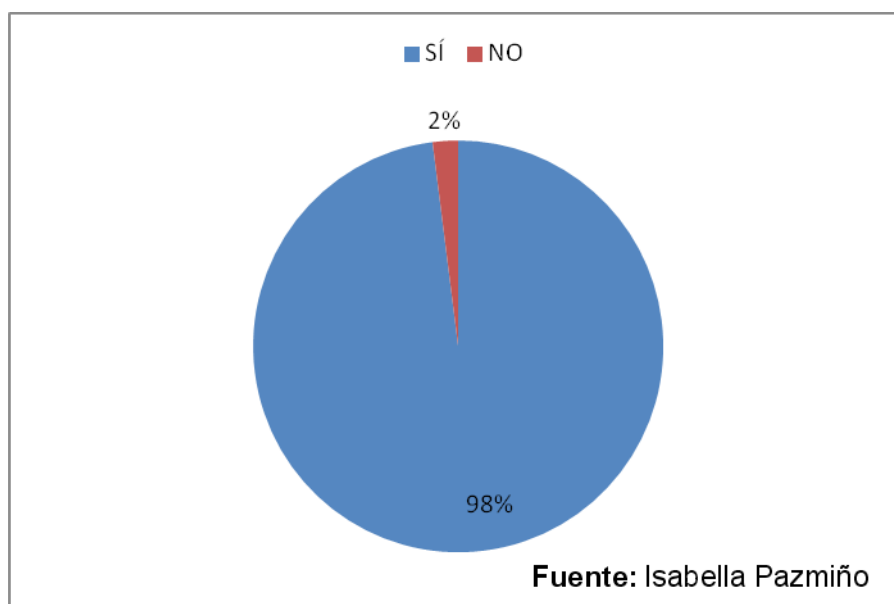


Figura 5. Gráfico de la caducidad de las Medidas Cautelares en el CPC. El 98% de los encuestados; esto es, la mayoría aprueba la propuesta, pues considera que la caducidad de las medidas cautelares salvaguarda que no se abuse del derecho; y el 2% no la considera viable.

El pequeño porcentaje que no cree que debería agregársele al Art.1000 esa forma de extinción de la medida cautelar, argumenta que el Art. 923 del CPC ya establece la caducidad para el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces, pero de la lectura de este artículo se desprende que estas medidas han sido interpuestas antes de que se inicie el proceso y ¿qué hay de la caducidad de las mismas una vez interpuesta la demanda? Por ello, muchos están de acuerdo de que también caduquen las medidas cautelares –incluyendo el embargo- junto con la demanda si dentro de los tres meses siguientes a ésta, no se hubiere citado al demandado, y en todos los casos en que se declare el abandono de la primera instancia o del juicio que ocurre, por ejemplo, cuando se llega a un acuerdo o transacción extrajudicial y las partes no solicitan al juez que de por terminado el pleito. La falta de citación al demandado no interrumpe la prescripción, y por ello es lógico que si el actuario o citador no la ha hecho, el deudor pueda solicitar que se declare la caducidad de la medida cautelar por haberse violentado su derecho constitucional a la legítima defensa, entre otras normas procesales.

Algunos de los encuestados se preguntaron ¿cuándo se inscribe la demanda en los Registros de la Propiedad, Mercantil o en la Jefatura de Tránsito, según sea el caso? Es necesario aclarar que no solo se inscriben las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o muebles sujetos a registro, sino todas las que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Las medidas cautelares son aquellas que aseguran la efectividad de la sentencia, mas no juzgan el reconocimiento de un derecho y son las que están tipificadas de manera taxativa en los Arts. 432, 433, 436, 437,438, 449, 460, 912, 914, 922 y 927 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; sin embargo existen otras mencionadas en otros cuerpos legales como la Ley de Compañías.

2. Es pertinente establecer un plazo de caducidad de las medidas cautelares al momento que caduque la demanda en el Art.1000 del CPC para velar por el trato igual de las partes en el proceso y el fiel cumplimiento del juez y las partes a las normas del debido proceso.

3. El debido proceso debe respetar los plazos y términos establecidos en la ley y salvaguardar los intereses de las partes evitando que el juez cometa el delito de prevaricato.

Recomendaciones

1. Las medidas cautelares deberían solicitarse como diligencias previas y en cualquier momento del proceso en cumplimiento al Art. 897 del CPC. En el caso del embargo de ejecución, las medidas cautelares cabrían incluso una vez concluido el proceso.

2. El Código de Procedimiento Civil debería reformarse parcialmente y debería agregarse al Art.1.000 la caducidad no sólo de la inscripción de la demanda, sino también la de la medida cautelar dictada durante o antes

del proceso después de tres meses de que el actor ha dejado de perseguir la causa principal.

3. El delito de prevaricato debería ser tipificado con una pena mayor a la establecida en el Código Penal y penado con mayor frecuencia para evitar sentencias contra ley expresa que desestabilicen la igualdad inter partes que se pretende precautelar.

CAPÍTULO VI: LA PROPUESTA

La propuesta que se plantea es en referencia a un Proyecto de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Civil en el que se establezca la caducidad de las medidas cautelares.

Objetivos

Principal

Elaborar un Proyecto de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Civil en el que se tipifique la caducidad de las medidas cautelares en el Art. 1000 del CPC cuando el actor ha dejado de impulsar la acción principal.

Específicos

Ampliar el Art.1.000 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera: "(...) también caducará la medida cautelar que el juez haya dictado si dentro de los tres meses siguientes a ésta, el actor no continuare con la prosecución del juicio principal que dio origen al derecho disputado."

Establecer como considerando el riesgo de que se incremente el índice de comisión del delito de prevaricato si no se persigue la igualdad entre las partes procesales.

La elaboración del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil es importante, porque las medidas cautelares no

pueden ser eternas; deben caducar si el proceso se ha declarado en abandono.

Es pertinente que el Proyecto sea debatido en la Asamblea por cuanto la caducidad de las medidas cautelares en materia penal ya ha sido aprobada e insertada en las Reformas al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

No aplica factibilidad financiera, porque la justicia es gratuita y quienes han dedicado su tiempo en la elaboración de la propuesta lo hacen con objetivos académicos, como es el presente caso.

Los que van a colaborar a la elaboración de la propuesta son el Doctor Rafael Brigante Guerra, el grupo de consultores que pertenece al Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador, Projusticia, unidad adscrita a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, los miembros fundadores del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal ubicado en la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, publicistas y catedráticos de Derecho Procesal, abogados litigantes y ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con amplia experiencia en el ámbito práctico y doctrinario de la materia que ya han propuesto reformas al Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

Los resultados de la encuesta demuestran un alto nivel de aceptación por parte de los estudiantes, abogados, y doctores en jurisprudencia encuestados. Es factible la elaboración de un Proyecto de Parcial Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Civil que agilice el debido proceso y determine los plazos de caducidad para las medidas cautelares, porque éstas al asegurar el resultado del proceso y favorecer al actor que las solicita, también pueden perjudicar al demandado. El

hecho que se genere una situación de desigualdad entre actor y demandado crea la necesidad de que las medidas cautelares caduquen. Esta medida de caducidad a la vez garantiza la disminución de probabilidades que se acuse a los jueces de incurrir en el delito de prevaricato.

Estudio comparativo entre el Borrador del Código Procesal Unificado elaborado por el Consejo de la Judicatura y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el Proyecto de Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal

El Borrador del Código Procesal Unificado, de ahora en adelante el Borrador, y el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, de ahora en adelante el Proyecto comparten los mismos principios rectores del Procedimiento Civil como el debido proceso, oralidad de audiencias, imparcialidad e independencia de los jueces y legítima defensa; sin embargo, plantean ciertas novedades con respecto a las medidas cautelares que vale la pena destacar.

El Borrador introduce en el Título III del Libro II la figura de las Medidas prejudiciales que no solo el demandante sino también el demandado podrá solicitar antes de la presentación de la demanda o para la elaboración de su defensa. También se refiere a las Medidas prejudiciales preparatorias que podrá solicitar el demandante cuando quiera obtener información necesaria para presentar correctamente su demanda y a las Medidas prejudiciales probatorias que ordenará el juez en caso de que exista el temor fundado de la que la información de determinados medios de prueba pueda perderse o destruirse, así como la declaración anticipada de testigos o peritos por temerse su ausencia, muerte o incapacidad.

Para que se dicten las Medidas Cautelares a las que se refiere el Título IV *inaudita pars* el solicitante de la medida “(...)deberá requerirlo así y adjuntar a su solicitud todo antecedente que respalde su petición(..)”. El Borrador diferencia a las Medidas cautelares reales de las personales definiéndolas en cada caso y enumerándolas y en el Procedimiento de Ejecución introduce al Oficial de ejecución cuya personería está legitimada en el Art. 358 y a quien corresponde la tramitación del cobro de la obligación y la elaboración de una alternativa de pago.

El Proyecto en el Título II Capítulo I se refiere al Proceso Cautelar admitiendo a las Medidas Cautelares como diligencias preliminares. El CPC actual no les da un nombre a las medidas cautelares que de acuerdo al Art. 897 del CPC pueden pedirse antes de presentar la demanda. Se precisa el contenido de la petición de la demanda cautelar que deberá contener la determinación de la medida y su alcance es decir, la designación de los bienes sobre los cuales debe recaer la medida cautelar y el monto o suma por el cual deben ser afectados –salvo que dicho monto no sea apreciado en dinero-, el fundamento de hecho de la medida y la caución que se ofrece, pues para que se dicte la medida es necesario probar debidamente su necesidad y el derecho que se invoca. La formación de un proceso cautelar autónomo en cuerda separada se justifica por la necesidad de mantener la reserva del proceso cautelar, hasta su ejecución.

En el Proyecto se agregan nuevas medidas cautelares a las ya existentes en nuestro CPC actual llamadas medidas específicas como la designación de auditor o interventor a la que se hizo referencia en el numeral 2.5.1, la clausura de locales, la suspensión de determinadas actividades o la prohibición de reanudarlas o ambas, o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar, por lo que la enumeración que hace el Art. 329 del Proyecto no es taxativa.

Además, el Proyecto introduce la apelación en el efecto suspensivo para el caso que se deniegue la medida cautelar, mientras que el Art. 921 del CPC actual solo se refiere a apelación en el efecto devolutivo de las resoluciones sobre secuestro, prohibición de enajenar, retención, prohibición de ausentarse y remoción del depositario. Pese al recurso de apelación que se formule, las medidas cautelares son de ejecución y cumplimiento inmediato, por lo que el recurso de apelación que se interponga será concedido luego de que la medida se haya hecho efectiva.

El delito de prevaricato

La palabra prevaricare significa en latín torcedura. Y es que el prevaricato consiste en torcer maliciosamente lo que dice la ley a fin que la resolución favorezca injustamente a otra persona. Se lo denomina doctrinariamente como prevaricación judicial y consiste en la conveniencia u oportunidad de la que se vale el funcionario de la administración de justicia para resolver un proceso.

Es un delito que se comete contra la Administración Pública porque consiste en faltar a la justicia mediante el quebrantamiento de los deberes propios de un funcionario, especialmente dentro de la administración de justicia, aunque también puede cometerse fuera de ella; y por ello está tipificado en el Código Penal en el Capítulo VI, Título III del Libro II. Hay prevaricato cuando el juez manifiesta su opinión o anticipa su criterio respecto de causas sometidas a su conocimiento y cuando existe la intención de su parte de contrariar la ley, por lo que es un delito doloso. Tiene que existir malicia que se compone de un elemento intelectual, en el que el sujeto activo se representa mentalmente el delito como posible, y de un elemento intencional, de querer que se cometa el delito.

El elemento normativo como explica Zambrano Pasquel (2009) del tipo es el de fallar en contra de ley expresa o proceder penalmente en contra de una persona conociendo que no lo merece. Si el juez conoce mal la ley y la aplica mal no incurre en prevaricato, tampoco lo hace si conoce mal la ley y la aplica bien. El juez tiene que conocer bien la ley e intencionalmente aplicarla mal para que cometa el delito de prevaricato, así como dejar de valorar unos hechos o dar como probados otros en contra de toda lógica científica.

Si existe causa de justificación en la revelación del secreto se exime de responsabilidad al sujeto activo, así como cuando una cuestión es susceptible de apreciación múltiple y existe un error de concepto y no intención y voluntad de delinquir. No necesariamente prevarica el juez penal que dicta un auto resolutorio de sobreseimiento cuando existe un dictamen acusatorio del fiscal, porque en definitiva es el juez quien resuelve y no el fiscal. Tampoco lo harían los jueces de paz⁵ que propongan fórmulas de solución como acuerdos amistosos entre las partes para poner fin al conflicto individual, comunitario o vecinal como lo establece el Art. 247 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Prevaricar es administrar justicia de manera parcial García (1992). Son sujetos activos del delito de prevaricato los jueces, árbitros, empleados públicos, abogados y procuradores que actúen en el juicio, los actuarios o secretarios de los Juzgados de cualquier clase o Tribunales y los médicos, cirujanos, farmacéuticos, obstetrices o cualquier otro profesional depositario de un secreto en razón de la profesión que ejerzan. Éstos últimos están obligados a guardar secreto profesional que es la guarda o conservación de un hecho oculto que en razón de su cargo u oficio les ha sido revelado. Explica Albán que la única información reservada es la que, por razones de

⁵ A la fecha no se han posicionado.

defensa nacional y por protección a los intereses del Estado, haya sido calificada como reservada por el Consejo de Seguridad Nacional de acuerdo al Art. 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública; además de las informaciones expresamente reservadas en leyes vigentes como en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (sigilo bancario), Ley de Mercado de Valores, Ley de Compañías (sigilo societario).

Comete el delito cualquiera de las personas antes mencionadas cuando dicta o toma en forma indebida una resolución, sentencia, laudo o decisión. En la actuación del juez particularmente, existe una presunción de corrección que consiste en presumir “lógica y razonablemente” que el Juez está actuando correctamente.

Lamentablemente nuestro Código Penal, a diferencia del español, no tipifica el delito de prevaricación imprudente, solo el de prevaricación dolosa por lo que no se sancionan las resoluciones que aunque parezcan objetivamente injustas, han sido adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alsina, H. (1982) *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.
- Bernal, H. (2005) *El Debido Proceso Disciplinario*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike Ltda. Editorial.
- Calamandrei, P. (1996) *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires: El Foro.
- Carmigniani, E. (enero de 1998) Embargo de Marcas. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas UCSG*. Recuperado:http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1999/13-tomo-2/13b_embargo_de_marcas.pdf
- Chioyenda, G. (1999) *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Oxford.
- Cruz Bahamonde, A (2001) *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*. Segunda edición. Guayaquil: Edino.
- Couture, E. (1958) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. III Edición. Buenos Aires: Depalma.
- Devis Echandía, H. (2007) *Estudios de Derecho Procesal*. Tomos I y II. Bogotá: Editorial ABC.
- García Falconí, J. (1992) *Manual de práctica procesal: El juicio por prevaricato*. II Edición. Quito.
- García Falconí, J (2002) *La prisión preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares*. Quito: Rodin.
- Guasp, J. (1968) *Derecho procesal civil: Parte especial*. Volumen II. Instituto de Estudios Políticos.
- López Blanco, H.F. (2009) *Procedimiento Civil*. Tomo II. Décima Edición. Bogotá: Dupré.
- Morán Sarmiento, R.E. (2011) *Derecho Procesal Civil Práctico*. Tomos I y II. Guayaquil: Edilex S.A. Editores.

- Ospina Fernández, G. (2008) *Régimen general de las obligaciones*. VIII Edición. Bogotá: Temis.
- Peláez Bardales, M. (2010) *El proceso cautelar*. III Edición. Perú.
- Pérez Luño, E. (2007) *Dimensiones de la igualdad*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 34. Madrid: Dykinson.
- Perrino, E. (2003) *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*. Revista de Derecho Público. Rubinzal-Culzoni.
- Podetti, J.R. (1969) *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar.
- Quiroga Cubillos, H.E. (1985) *Procesos y medidas cautelares*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Salcedo Verduga, E.(2006) *Las medidas cautelares en el arbitraje*. Tomo III
- Troya Cevallos, J. (2002) Tercera edición. Quito: Pudeleco Editores S.A.
- Zambrano Pasquel, A. (2009) *Manual de práctica procesal penal*. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Zavala Baquerizo, J (2005) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo VI. Guayaquil: Edino.

BIBLIOGRAFÍA

Arean, B. (1985) *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Alsina, H. (1982) *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Calamandrei, P. (1996) *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires: El Foro.

Carnelutti, F. (1956) *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Chiovenda, G. (1999) *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Oxford.

Cisneros Naranjo, C. (2007) *El secuestro en el juicio de providencias preventiva*. Monografía de Especialización Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Couture, E. (1958) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma.

Devis Echandía, H. (2007) *Estudios de Derecho Procesal*. Tomos I y II. Bogotá: Editorial ABC.

Falconí, J. (1989) *Código de Procedimiento Civil*. Guayaquil: Edino.

Grief, J. (2002) *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.

García Falconí, J (2002) *La prisión preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares*. Quito: Rodin.

Gozaíni, O.A. (2005) *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Primera Edición. Buenos Aires: Ediar.

- Lagos, J. (2011) *La aplicación de las medidas cautelares como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, en el ámbito del derecho administrativo*. Tesis de maestría en Derecho Procesal Civil publicada. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Larrea Holguín, J. (2002) *Derecho Civil del Ecuador*. Tomo XIV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López Blanco, H.F. (2009) *Procedimiento Civil*. Tomo II. Décima Edición. Bogotá: Dupré.
- Morán Sarmiento, R.E. (2011) *Derecho Procesal Civil Práctico*. Tomos I y II. Guayaquil: Edilex S.A. Editores.
- Morello, A. (2005) *El proceso justo*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.
- Muñoz, L. (1993) *Los procesos ordinario, sumario y sumarísimo*.
- Peláez Bardales, M. (2010) *El proceso cautelar*. III Edición. Perú.
- Podetti, J.R. (1969) *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar.
Recuperado: [http://www.derechoecuador.com/ Proyecto de Código de Procedimiento Civil](http://www.derechoecuador.com/Proyecto_de_Código_de_Procedimiento_Civil). Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Fecha de acceso: 5 de mayo de 2.012
- Quiroga Cubillos, H.E. (1985) *Procesos y medidas cautelares*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Registro de la Propiedad de Guayaquil. *El embargo de inmuebles y su incidencia registral*.
- Salcedo Verduga, E.(2006) *Las medidas cautelares en el arbitraje*. Tomo III
- Troya Cevallos, J. (2002) Tercera edición. Quito: Pudeleco Editores S.A.

Velasco Céleri, E. (1996). *Sistema de práctica procesal civil*. Tomos III y IV. Primera edición. Quito: Pudeleco Editores S.A.

Villacrés León, L.A. (2003) *Medidas Cautelares*. Monografía de Curso de Especialización Superior en Derecho Procesal publicada. Quito: Universidad Andina "Simón Bolívar".

-

ANEXOS

Anexo N°1: Modelo de encuesta realizada a estudiantes de derecho y abogados.

Anexo N°2: Entrevista a la Dra. Vanessa Aguirre, miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

Anexo N°3: Título IV del Libro II del Borrador del Código Procesal Unificado elaborado por el Consejo de la Judicatura y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Anexo N°4: Título II del Borrador del Proyecto de Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

Anexo N°5: Modelo del Art.1000 del CPC redactado con la propuesta.

ANEXO N°1

ENCUESTA

1. ¿Está Ud. de acuerdo que exista un proyecto de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Civil ecuatoriano?

Frecuentemente

A veces

Rara vez

Nunca

¿Por qué? ¿qué hay que reformar?

2. ¿Considera Ud. que las medidas cautelares juzgan el reconocimiento de un derecho?

Frecuentemente

A veces

Rara vez

Nunca

3. ¿Cree Ud. que las medidas cautelares son una acción preventiva?

Frecuentemente

A veces

Rara vez

Nunca

4. ¿Piensa Ud. que las medidas cautelares pueden llegar a ser una diligencia previa?

Frecuentemente

A veces

Rara vez

Nunca

5. ¿Considera Ud. que debería caducar la medida cautelar cuando caduca la demanda?

Frecuentemente

A veces

Rara vez

Nunca

ANEXO N°2

ENTREVISTA

1. Considera que las Medidas Cautelares son:

a. Una sentencia.- Teoría que defiende Eduardo Couture.

b. Una acción

c. Un proceso.- Conocido por algunos autores como proceso cautelar

¿Por qué?

Porque cumple con los todos los actos procesales sucesivos que constituyen el Proceso Civil. El proceso cautelar inicia con la demanda cautelar y termina con un auto con fuerza de sentencia que admite o no la interposición de la medida cautelar.

En la práctica el proceso cautelar es sumarísimo, por lo que muchos no lo consideran un proceso como tal, pero si reflexionamos más a fondo el articulado del CPC y las etapas del proceso, se puede destacar que en efecto, en el proceso cautelar existen una pretensión, etapa probatoria y sentencia con la única salvedad que a la defensa no se la notifica hasta el momento de la sentencia, por lo que no tiene derecho a reclamar antes.

2. ¿Considera Ud. que la demanda presentada para solicitar providencias preventivas es considerado un juicio como lo indican los Arts. del CPC? ¿Qué tipo de juicio es?

Sí

¿Por qué?

Porque se sigue por cuerda separada y de acuerdo al Art. 902 del CPC para solicitar el secuestro, retención o prohibición de enajenar de los

bienes raíces debe presentarse una demanda a la que se acompañarán las pruebas respectivas.

Ahora bien sobre qué tipo de juicio es, debe descartarse que es de conocimiento o declarativo porque no produce una declaración de certeza sobre una situación jurídica, ni ejecutivo porque no hace efectivo un derecho existente. De seguro es contencioso, pero la base legal citada no nos indica qué tipo de juicio es. Desde mi punto de vista, el proceso cautelar es un juicio de aseguramiento sometido a la resolución del juez que conoce la causa principal que tiene el objetivo de precautelar los intereses del actor.

3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la retención?

a. Derecho real

b. Derecho personal

c. Otro

¿Por qué?

Es de naturaleza mixta, porque aunque recae sobre dinero o bienes muebles del deudor, no afecta su derecho real de dominio; es decir que el retentor no tiene acción posesoria en caso de pedir la tenencia de la cosa.

Es oponible a terceros y genera una situación de privilegio para el titular del derecho, pues en caso de embargo o quiebra, el retentor está por encima de los acreedores con privilegio general. Por lo tanto, no podrá ejecutarse la cosa si primero no se le ha pagado al retentor de la misma.

4. En la práctica las medidas cautelares a las que se refiere el Art. 923 del CPC:

Art. 923 CPC.- Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la

demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor.

Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.

El inciso anterior es aplicable tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.

a. caducan de oficio

b. caducan a petición de parte.- Normalmente el demandado tiene que alegarla.

No he visto proceso alguno en el cual el juez de oficio ha decretado la caducidad de la medida cautelar. Normalmente lo hace el afectado por la misma; sin embargo el juez sí debe decretarla sin que se lo pidan una vez que el juicio principal se ha dejado de seguir y también debe ordenar al actor el pago de los daños y perjuicios que su actuar ha ocasionado.

Lamentablemente la función judicial está sobresaturada de juicios, particularmente por acciones extraordinarias de protección que resultan ser de mera legalidad, que necesita que la parte interesada impulse la terminación del proceso inconcluso por el actor y solicite que se le levante la prohibición de enajenar, orden de embargo o secuestro –según sea el caso-.

5. El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal al que Usted representa propuso un Proyecto de Ley del Código de Procedimiento Civil ¿en qué se asemeja este Proyecto al propuesto por el Consejo de la Judicatura conocido bajo el nombre de Código Procesal Unificado?

Se asemejan en la búsqueda de la oralidad en todos los procesos para simplificarlos. También en clasificar a las medidas cautelares en preparatorias o diligencias preliminares como la exhibición de documentos y

en específicas como lo son las medidas cautelares reales y personales. Tanto el Proyecto de Ley del Código de Procedimiento Civil presentado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal como el borrador del Código Procesal Unificado –que no he leído por completo- permiten al legislador ordenar “cualquier medida eficaz e idónea que recaiga sobre el patrimonio del deudor para el cumplimiento de la finalidad cautelar”. Esto es bueno, ya que no enlistan taxativamente las medidas cautelares que el juez deberá ordenar en un proceso cautelar, sino que le permiten disponer “cualquier medida que parezca necesaria de acuerdo a las circunstancias del caso”

6. ¿Considera pertinente que al Art. 1000 del CPC se le agregue que así como caduca la demanda, también deberá hacerlo la medida cautelar que se dictó?

Sí, porque aclara que junto con la demanda también caducará la medida cautelar que se dictó. El Art. 923 del CPC -comentado con anterioridad-, no comprende el embargo ni inventario de bienes y tampoco especifica qué ocurre con las medidas cautelares dictadas en los juicios que versan sobre dominio o posesión de inmuebles o muebles sujetos a registro, demarcación y linderos, servidumbres, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

ANEXO N°3

TÍTULO IV Medidas cautelares

Párrafo 1° Reglas generales

Artículo 133.- Finalidad de las medidas cautelares. Las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Artículo 134.- Requisitos generales de procedencia. La jueza o el juez decretará la medida cautelar solicitada si concurren copulativamente los siguientes requisitos:

- a) Que existan antecedentes que hagan plausible la existencia del derecho que se alega; y,
- b) Que existan antecedentes que permitan presumir su necesidad por existir un peligro concreto para el cumplimiento de la sentencia, como ocurre cuando los bienes del deudor se hallan en mal estado, puedan desaparecer, puedan ocultarse o puedan ser enajenados, entre otros

Artículo 135.- Excepcionalidad de las medidas cautelares. Las medidas cautelares sólo serán ordenadas cuando fueren indispensables para asegurar el cumplimiento de la sentencia y se mantendrán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Artículo 136.- Proporcionalidad de la medida. En ningún caso, la medida cautelar decretada será más gravosa para el patrimonio del demandado de lo que pudiere imponérsele en la sentencia definitiva.

Al ordenar una medida cautelar, la jueza o el juez deberá preferir aquella que, siendo eficaz para cautelar el fin perseguido, resulte menos gravosa para el demandado.

Artículo 137.- Caución. El deudor podrá hacer cesar las medidas cautelares ordenadas otorgando cualquier clase de garantía que, a juicio de la jueza o del juez, asegure el cumplimiento de la sentencia.

Artículo 138.- Tramitación. Presentada la solicitud de medida cautelar, el tribunal citará a una audiencia en el más breve plazo posible para debatir acerca de su procedencia.

Concedida la medida cautelar, el tribunal ordenará realizar todas las inscripciones y subinscripciones que correspondan, así como cualquier otra actuación que resulte necesaria para lograr su adecuada efectividad.

Si, por las circunstancias del caso, el conocimiento del demandado sobre la solicitud de la medida cautelar real pusiere en riesgo su efectividad, la jueza o el juez podrá decretarla sin su conocimiento previo. Para proceder de esta forma, el solicitante deberá requerirlo así y adjuntar a su solicitud todo antecedente que respalde su petición. Una vez realizadas todas las actuaciones de ejecución de la medida cautelar, se notificará a la contraria sobre la medida ordenada, citándola a una audiencia en el más breve plazo posible para debatir sobre su subsistencia.

Cuando se trate de una medida cautelar personal, podrá procederse de la forma indicada en el inciso anterior cuando la jueza o el juez estime que existen antecedentes suficientes que permitan presumir que existe un peligro de daño inminente, grave e irreparable a la integridad física de la contraria o su familia, o de perjuicio a su patrimonio. Al momento de notificar la orden a la parte afectada por la medida, se le informará que se realizará una audiencia en hora y fecha determinada donde podrá presentar sus descargos y se abrirá debate respecto de su subsistencia.

Artículo 139. Recursos contra la resolución que decreta la medida cautelar. La resolución pronunciada en audiencia y que ordena la ejecución de una medida cautelar podrá ser apelada. La interposición de la apelación no suspenderá la ejecución de la medida ni el avance del proceso.

Párrafo 2° **Medidas cautelares reales**

Artículo 140.- Medidas cautelares reales. Son medidas cautelares reales aquellas que recaen sobre las cosas y que limitan el ejercicio de los derechos que su titular puede ejercer sobre ellas.

Podrá ordenarse como medida cautelar real cualquier medida eficaz e idónea que recaiga sobre el patrimonio del deudor.

Artículo 141.- Catálogo de medidas cautelares reales. Son medidas cautelares reales las siguientes:

- a) La retención de las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, incluyendo a las tesorerías u otras entidades públicas, como cuentas dinerarias en bancos de la plaza, títulos o bonos en poder de ejecutivos o bienes inmuebles administrados por mandatarios;
- b) La prohibición de realizar actos jurídicos de disposición respecto de determinados bienes que conformen el patrimonio del deudor;
- c) La designación de un ente fiscalizador de la administración del patrimonio del deudor, el cual mediante un análisis exhaustivo de las operaciones realizadas, emitirá informes periódicos dirigidos a la jueza o al juez de la causa; y,
- d) Cualquier otra medida que parezca necesaria de acuerdo a las circunstancias del caso.

Para efecto de lo dispuesto en la letra a), una vez decretada la medida, el tercero será responsable de la mantención y correcta administración de lo retenido y solo podrá entregarlo a quien la jueza o el juez indique mediante resolución judicial.

Párrafo 3° Medidas cautelares personales

Artículo 142.- *Medidas cautelares personales.* Son medidas cautelares personales aquellas que recaen sobre las personas y que limitan el ejercicio de una o más de sus libertades básicas.

Solo podrán decretarse aquellas medidas cautelares personales que este Código u otras leyes especiales regulen expresamente.

Artículo 143.- *Requisitos especiales de procedencia.* Podrá decretarse una medida cautelar personal cuando existieren antecedentes suficientes que permitieren presumir la existencia de un peligro para la integridad física de la contraria o su familia, o de perjuicio a su patrimonio.

Artículo 144.- *Catálogo de medidas cautelares personales.* Podrá decretarse como medida cautelar personal una o más de las siguientes medidas:

- a) Prohibición, abandono o restricción de la presencia del ofensor en el hogar común en los casos de violencia intrafamiliar;
- b) Prohibición de acercarse a ciertas personas, lugares o bienes; y,
- c) Prohibición de comunicarse con ciertas personas, como la contraria, su familia, abogados, testigos y peritos de la causa, siempre que con ello no se afectare el derecho a defensa.

La jueza o el juez también podrán disponer medidas cautelares personales para proteger la integridad física de los testigos o peritos y sus respectivas familias.

ANEXO N°4

TÍTULO II

PROCESO CAUTELAR

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 323.- Universalidad.

1. Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, salvo en los voluntarios.
2. Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.
3. Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

Art. 324.- Procedencia.

Podrán adoptarse medidas cautelares cuando el juez estime que son indispensables para la protección del derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso.

La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.

Art. 325.- Facultades del juez.

En todo caso corresponderá al juez:

Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a solicitada, si la estimare suficiente;

Establecer su alcance;

Establecer el término de su duración;

Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes;

Exigir la prestación de caución suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO

Art. 326.- Requisitos de la petición.

1. Será competente para conocer de la medida cautelar, si la misma fuera solicitada como diligencia preliminar, el juez que lo es para conocer el proceso posterior.

El juez calificará la solicitud dentro de veinticuatro horas de recibida.

2. Si el juez se considerare incompetente, deberá rechazar de plano su intervención. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se extenderá la competencia, debiendo remitirse las actuaciones, ya cuando sea requerido o al ponerse de manifiesto la incompetencia no prorrogable, al juez que sea competente.

Art. 327.- Contenido de la petición.

1. La petición deberá contener:

La precisa determinación de la medida y de su alcance;

El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos.

La caución que se ofrece.

2. Realizada la práctica de la información sumaria o si se lo considera necesario, en su primera providencia, el juez resolverá el rechazo o la admisión de la medida, con expresión de su alcance y demás características a que se refiere el artículo 325.

Art. 328.- Recursos.

1. La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteados por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplidas. En todos los casos, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste el cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el juez estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta.

La providencia que admite una medida cautelar o dispone su sustitución por otra será apelable en efecto devolutivo; la que deniegue una medida cautelar lo será en efecto suspensivo.

Art. 329.- Medidas específicas.

1. El juez podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la inscripción de la demanda y las providencias en los registros pertinentes; embargos, secuestro de bienes muebles o de ingresos; prohibición de enajenar inmuebles, retención de créditos; la designación de auditor o de interventor, la clausura de locales; la suspensión de determinadas actividades o la prohibición de reanudarlas o ambas; o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar.

2. La resolución que disponga una intervención necesariamente fijará su término, el que podrá ser prorrogado mediante la justificación sumaria de su necesidad y las facultades del interventor, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiéndose, en lo posible, procurar la continuación de la explotación intervenida. El juez fijará, así mismo, la retribución del interventor, la cual, si fuere mensual, no podrá exceder de la que percibiere, en su caso, un gerente con funciones de administrador en la empresa intervenida; se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por el patrimonio intervenido y se imputará a la que se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto a la parte que deba soportar su pago.

Art. 330.- Medidas provisionales y anticipadas.

1. Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el juez adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

Como medida provisional o anticipada podrá disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, se encontraren sometidos a cualquier medida

cautelar cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

En estos casos, el juez podrá, a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto a la orden del juez.

2. Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por los dispuestos en los artículos anteriores.

Art. 331.- Sanciones por medidas cautelares innecesarias o maliciosas.

1. Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, quien la solicitó pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa entre diez y cien salarios básicos unificados del trabajador en general según la importancia del asunto; y, a pedido de parte, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

2. La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable con efecto devolutivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

3. El peticionario y el depositario judicial a cuyo cargo estaban las especies o bienes, serán solidariamente responsables por el deterioro o la pérdida del bien afectado por la medida cautelar. Esta responsabilidad será establecida y regulada por el juez de la causa, siguiendo el trámite establecido en los incisos precedentes.

ANEXO N°5

Art. 1000.- (Reformado por la Disposición Reformativa segunda, nums. 3 y 49 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- La jueza o el juez dispondrá la inscripción en el registro de la propiedad, en el registro mercantil o en la jefatura de tránsito, según el caso, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

Antes de que se cite con la demanda se realizará la inscripción, que se comprobará con el certificado respectivo. La omisión de este requisito será subsanable en cualquier estado del juicio, pero constituye falta susceptible de ser sancionada con amonestación por escrito o multa; al efecto, la jueza o el juez deberán comunicar del particular al respectivo director provincial del Consejo de la Judicatura para que proceda a sustanciar el correspondiente sumario administrativo.

La inscripción de la demanda no impide que los bienes se enajenen válidamente en remate forzoso y aún de modo privado, pero el fallo que en el litigio recayere tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, aunque éste no haya comparecido en el juicio. Hecha la inscripción del traspaso de dominio, el registrador la pondrá en conocimiento del juez de la causa, dentro de tres días, mediante oficio que se incorporará al proceso.

Si el vendedor citado con la demanda, no diere aviso al comprador del litigio sobre la cosa que se vende, será culpable de fraude, además de los daños y perjuicios causados al comprador. Se presumirá la falta de dicho aviso si no hay constancia de ello en el instrumento de compra-venta.

Si la sentencia fuere favorable al actor, la jueza o el juez ordenará que se cancelen los registros de transferencia, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.

Caducarán la inscripción de la demanda y la medida cautelar que se hubiere ordenado antes o una vez iniciado el juicio, si dentro de los tres meses siguientes a ésta, no se hubiere citado al demandado, y en todos los casos en que se declare el abandono de la primera instancia o del juicio.