



Octubre 2019 - ISSN: 2254-7630

**ANALISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL
ECUATORIANO**
**ANALYSIS OF PRECAUTIONARY MEASURES IN THE ECUADORIAN CIVIL
PROCESS**

Abg. Elizabeth Mercedes Cevallos Gorozabel. Msc.

Docente de la Universidad Técnica "Luis Vargas Torres" de Esmeraldas-Ecuador

Cevallos-gorozabel-1966@hotmail.com

eizabeth.cevallos@utelvt.edu.ec

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Elizabeth Mercedes Cevallos Gorozabel (2019): "Análisis de las medidas cautelares en el proceso civil ecuatoriano", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (octubre 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/10/medidas-cautelares-procesocivil.html>

RESUMEN:

En el presente trabajo se aborda la problemática de las Medidas cautelares en el proceso civil ecuatoriano, donde se estudiará el Código de Procedimiento Civil, y el Código Orgánico General de Proceso; realizando un análisis crítico de dichas instituciones, tanto sus fundamentos teóricos, doctrinales como jurisprudenciales, a los efectos de poner de manifiesto las imperfecciones de que adolece el actual sistema procesal civil y realizar algunas conclusiones en función de su perfeccionamiento.

Palabras Claves: Medidas Cautelares. Código Procedimiento civil, Código Orgánico General de Proceso.

SUMMARY

This paper addresses the issue of precautionary measures in the Ecuadorian civil process, where the Code of Civil Procedure, and the General Organic Code of Process will be studied; performing a critical analysis of these institutions, both their theoretical, doctrinal and jurisprudential foundations, in order to

highlight the imperfections that the current civil procedural system suffers and make some conclusions based on their improvement.

Keywords: Precautionary Measures. Civil Procedure Code, General Organic Process Code.

INTRODUCCION

A pesar de las múltiples modificaciones efectuadas en la historia republicana en materia procesal civil, existe un hecho específico, el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano ha sido objeto de varias codificaciones oficiales, siendo las dos últimas en los años 1987 y 2005, publicados en los Suplementos del Registro Oficial N.º 687 y N.º 58, de fechas 18 de mayo 1987 y 12 de julio del 2005 respectivamente, en los cuales constaban las Providencia Preventivas en el libro Segundo, Título II, Sección 27, Artículo 897 al Artículo 923; cuyo contenido es el mismo que consta en el actual Código Orgánico General de Procesos en vigencia, art. 124.

Es necesario que las medidas cautelares en el proceso civil ecuatoriano, requiere de un gran estudio teórico, doctrinal y jurisprudencial, debido al gran momento de transición que se vive, pasando de un Código de Procedimiento Civil, poco actualizado, poco práctico al día de hoy, a un Código Orgánico General de Procesos, con un sistema oral y con miras al cambio.

El Código de Procedimiento Civil expresaba textualmente: “Art. 897.- Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito”¹.

El Código Orgánico General de Proceso en vigencia; en la actualidad, lo que ha hecho, son pequeñas modificaciones al texto original, pero sin cambiar el sentido y propósito para el que fue creado y que prescribe: Art. 124.- Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito²

Por lo tanto, debemos tener presente que podemos solicitar medidas cautelares aun cuando no se haya presentado la demanda principal. Ambos artículos permiten entonces, “el aseguramiento del crédito”. Las providencias preventivas, entendidas como medidas de protección que resguardan al demandante de una deuda frente a su deudor, éstas aún antes de presentar la demanda y dentro del proceso, pueden ser solicitadas al juez de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la Corte

¹ Código de Procedimiento Civil, 2011

² Código Orgánico General del Proceso 2015. Art. 124.

Provincial, con el propósito de garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.³

En el presente artículo tiene como objetivo analizar los fundamentos teóricos, doctrinales como jurisprudenciales de las medidas cautelares establecidas en el Código de Procedimiento Civil derogado por el Código Orgánico General de Proceso, hoy llamadas Providencias preventivas, con la finalidad poner de manifiesto las imperfecciones de que adolece el actual sistema procesal y realizar propuestas en función de su perfeccionamiento.

DESARROLLO

En el Ecuador, Antes de 1835 y después, se expidieron leyes con diversas denominaciones que normaron el “enjuiciamiento civil” en el Ecuador. Sin embargo, tras la creación del Estado del Ecuador, al separarse de la Gran Colombia en 1830, no existía una legislación rígida sobre Derecho procesal. Con el gobierno de Vicente Rocafuerte en 1835 se impulsaron las primeras normas que trataban sobre el denominado «enjuiciamiento civil», luego la denominación de Código de Procedimiento Civil, vigente desde 1938, se empezó a utilizar en el cuerpo legal expedido con ese título. Luego bajo la administración del General Alberto Enríquez Gallo, en calidad de Jefe Supremo del país, se expidió un nuevo cuerpo legal que utilizó por primera vez la denominación «Código de Procedimiento Civil». Este código fue reformado mediante decreto 1139, publicado en el Registro Oficial n.º 623 del 1 de julio de 1946,⁴ y, en los años siguientes, se le efectuaron reformas menores, hasta la recopilación de la Comisión Legislativa publicada en Suplemento del Registro Oficial n.º 1202 del 20 de agosto de 1980.

En 1869, este primer código procesal ecuatoriano fue expedido con el nombre de *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil*, por una asamblea constituyente que redactó la octava constitución del país (denominada como la «Carta Negra»). tenía dos secciones: la primera: De la jurisdicción civil de las personas que la ejercen y de los intervinientes en los juicios, parte que a su vez se subdividía en dos títulos: el inicial: De la jurisdicción y el fuero y el restante: De los jueces, de los asesores, del actor y del reo, de los abogados, de los defensores públicos, de los procuradores, de los secretarios relatores, de los escribanos, de los alguaciles, de los peritos y de los intérpretes. La segunda sección trataba sobre: Los juicios, dividiéndose en tres especies: De los juicios en general; De la sustanciación de los juicios y De las disposiciones comunes⁵.

³ Ibidem, at.124.

⁴ Código de Procedimiento Civil, Decreto 1139, publicado en el Registro Oficial n.º 623 del 1 de julio de 1946.

⁵ (Citado por Aguirre G., Vanesa, disponible en la página web <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2013/05/27/reforma-a-la-legislacion-procesal-secundaria>)

Diez años después, en 1879, se dicta un nuevo código de enjuiciamiento en materia civil, elaborado por la Corte Suprema de Justicia, órgano que se inspiró en los códigos procesales de España y Perú.

En 1890, un nuevo código procesal dividió por primera vez las normas que regulaban el procedimiento civil con las de la organización judicial, al dictarse la Ley Orgánica del Poder Judicial. fue sustituido por el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil. En el Código de 1890, por primera vez, se dividió el proceso civil de la organización judicial, al emitirse la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entre las reformas más importantes que tuvo el código estuvieron: la posibilidad de firmar por representación, por resolución de la Corte Suprema de Justicia en 1967; y el establecimiento del abandono de las causas por el ministerio de la ley, por decreto supremo de 1971.

Así mismo para los años de 1998, en la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de la Constitución, ordeno la implementación de la oralidad en la sustanciación de los procesos, para cuyo efecto, el Congreso Nacional debía reformar las leyes vigentes o crear nuevos instrumentos normativos, en un plazo de cuatro años. Estas modificaciones se efectuaron en algunas materias, siendo uno de los pendientes el procedimiento civil.

Apenas en el 2009, con el Código Orgánico de la Función Judicial, se evidencio un verdadero avance en el desarrollo de principios que permiten hacer del proceso judicial un medio para la realización de la justicia.

El en año 2005, la Función Legislativa expidió la Cuarta Codificación del Código de Procedimiento Civil que, con algunas reformas, está vigente⁶. A pesar de las múltiples modificaciones efectuadas en la historia republicana en materia procesal y material, existe un hecho específico, en esta misma década que varía sustancialmente el esquema jurídico en el Ecuador.

El nuevo cuerpo legal, denominado como «Código Orgánico General de Procesos» o conocido por su acrónimo «COGEP», fue publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015⁷. Dicho código tenía la disposición de entrar en vigencia a los doce meses de publicarse en el Registro Oficial, exceptuando las reformas que hizo en el Código Orgánico de la Función Judicial, disposiciones notariales, disposiciones sobre arbitraje y mediación, y en aspectos de abandonos de causas, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citaciones judiciales, las cuales entraron en vigencia inmediatamente el día de su publicación.

⁶ La cuarta y última codificación del Código de Procedimiento Civil se promulgó el 12 de julio de 2005, la cual —con algunas reformas— estuvo vigente hasta el 2015, siendo derogada por el Código Orgánico General de Procesos.

⁷ Código Orgánico General de Procesos» o conocido por su acrónimo «COGEP», fue publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

El 23 de mayo de 2016, cumplidos los doce meses dispuestos por el propio COGEP, entró en vigencia el nuevo cuerpo legal, quedando derogado el Código de Procedimiento Civil en la mayoría de las provincias del país;² sin embargo, debido al terremoto de 2016, en la provincia de Manabí se postergó por seis meses más, el 24 de octubre de 2016,³ quedando totalmente derogado el CPC.

Reiterando entonces que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano ha sido objeto de varias codificaciones oficiales, siendo las dos últimas en los 6 años 1987 y 2005, publicados en los Suplementos del Registro Oficial N.º 687 y N.º 58, de fechas 18 de mayo 1987 y 12 de julio del 2005 respectivamente, en los cuales constaban las Providencia Preventivas en el libro Segundo, Título II, Sección 27, Artículo 897 al Artículo 923; cuyo contenido es el mismo que consta en el actual Código Orgánico General de Procesos en vigencia.

En materia Civil, las medidas cautelares están previstas principalmente en la Sección Vigésima Séptima del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil bajo la denominación de providencias preventivas y en el Parágrafo Segundo del mismo cuerpo legal, que refiere al juicio ejecutivo, bajo la designación de medidas precautorias⁸

Entre las medidas cautelares reales previstas en materia civil encontramos el secuestro de bienes muebles e inmuebles y de los frutos de estos últimos....⁹ la retención en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor.....¹⁰ y la prohibición de enajenar bienes¹¹; y, en cuanto a las medidas cautelares personales únicamente encontramos la prohibición de ausentarse para los extranjeros.....¹²

Las medidas cautelares se pueden solicitar antes de presentada la demanda o en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito¹³ y para ello quien las solicita debe justificar la existencia de un crédito y que los bienes del deudor están en tan mal estado o que no alcanzarán a cubrir la deuda, o puedan desaparecer o ser enajenados por el deudor.....¹⁴

⁸ *Código de Procedimiento Civil*. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 424

⁹ *Ibidem*. Art. 427.

¹⁰ *Ibidem*. Art. 428.

¹¹ *Ibidem*. Art. 426.

¹² *Ibidem*. Art. 912.

¹³ *Ibidem*. Art. 897.

¹⁴ *Ibidem*. Artículo 899, numerales 1 y 2.

En lo que refiere a las providencias preventivas, una vez que éstas han sido concedidas, caducarán si luego de ordenadas no se propusiera la demanda principal dentro de los quince días siguientes a su notificación o si la demanda dejara de impulsarse por un lapso mayor a treinta días....¹⁵

A parte de las medidas antes descritas, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 1000 prevé la medida cautelar de inscripción de la demanda, que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles, de tal forma que un tercero adquirente jamás podrá alegar ignorancia de la misma y por tanto deberá soportar las consecuencias de la sentencia dictada en el proceso.¹⁶

Los Procesos cautelares son aquellos cuyo objeto es implementar ciertas medidas, denominadas Providencias Preventivas, que están destinadas a asegurar el cumplimiento de una obligación, más específicamente de una sentencia a dictarse en un determinado proceso, es decir, como mecanismos de protección y garantías de resultado de un proceso, sea este iniciado o por iniciarse.

Partiendo de esta deducción, emergen las providencias preventivas o medidas cautelares judiciales; buscando mantener el equilibrio procesal, y especialmente, por efecto del tiempo, anticipar los daños que se puedan ocasionar mientras se esperan las decisiones finales destinadas a hacer observar el derecho en litigio. Las medidas cautelares judiciales o providencias preventivas, han sido consideradas actos jurisdiccionales de naturaleza temporal y preventiva, las cuales recaen sobre personas, bienes o medios de prueba.

El Código Orgánico General de Procesos en vigencia; en la actualidad, lo que ha hecho, son pequeñas modificaciones al texto original, pero sin cambiar el sentido y propósito para el que fue creado y que prescribe: Art. 124.- Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito¹⁷

Por lo tanto, debemos tener presente que podemos solicitar medidas cautelares aun cuando no se haya presentado la demanda principal Ambos artículos permiten entonces, “el aseguramiento del crédito”. Las providencias preventivas, entendidas como medidas de protección que resguardan al demandante de una deuda frente a su deudor, éstas aún antes de presentar la demanda y dentro del proceso, pueden ser solicitadas al juez de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la Corte

¹⁵ Ibidem. Art. 923.

¹⁶ Ibidem. Artículo 1000

¹⁷ Código Orgánico General de Proceso, 2015.

Provincial, con el propósito de garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.¹⁸

En términos sencillos se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por la otra. En el ordenamiento procesal civil se puede considerar a cualquiera de las medidas precautorias previstas, que en definitiva buscan asegurar un conjunto de bienes con miras al cumplimiento posterior de un fallo.

Medidas Cautelares conservativas e innovativas

Las medidas cautelares conservativas.- son aquellas que tienen la finalidad de preservar los estados de hecho o de derecho vigentes al momento en que se las solicita¹⁹ El objeto es "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma". Sin perjuicio de que el desarrollo dogmático de la cautela innovativa es relativamente nuevo, podremos encontrar que Giuseppe Chiovenda ya definía las medidas cautelares como resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas, determinadas por el peligro o la urgencia y denominándolas provisionales o de conservación²⁰

La finalidad es tratar de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal.

Las medidas cautelares innovativas. En tanto que, las medidas cautelares innovativas son aquellas que buscan la modificación de aquellos estados de hecho o de derecho presentes, pero determinando qué medida es la adecuada para cada caso. Éstas deben estar coordinadas a la providencia principal²¹ y se justifican en la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se quiere innovar.

En el proceso cautelar innovativo, si desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho o de derecho existente, se comprometería el resultado del proceso principal. Se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica" o, bien, que el proceso cautelar de conservación "sirve para garantizar los medios del proceso definitivo", mientras que el proceso cautelar innovativo "sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo"²²

¹⁸ Ibidem. 2015

¹⁹ Piero Calamandrei. Op. Cit. Página 48

²⁰ Chiovenda, G. (1945). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: EDERSA

²¹ Ibidem.

²² Peyrano, J. (2009). A Propósito de una Medida Innovativa usada para Conceder una Tutela Anticipada en el Derecho. *Boletín*, 1.

Concluimos, entonces, que la medida cautelar innovativa puede ser definida como: Una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando -sin que concorra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente.

También podemos señalar que en el caso de la medida cautelar innovativa, la proyección de sus efectos trasciende la mera provisionalidad, por cuanto constituye una concreta satisfacción de los derechos pretendidos por el peticionante que, aunque puede hacerse cesar, habrán sido gozados irrevocablemente.

Nuestra legislación ha regulado las medidas cautelares como medidas precautorias, que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción deducida, es decir, como medidas conservativas.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que ambas tienen una naturaleza cautelar, las medidas conservativas y las innovativas cumplirán funciones completamente distintas puesto que ambas tienen una función preventiva de aseguramiento, pero se diferencian en cuanto a sus presupuestos.

La medida cautelar tradicional está llamada a conservar, a no innovar respecto de una situación jurídica. Su finalidad es impedir la alteración de una situación de hecho o la destrucción de un bien. La cautela innovativa, en cambio, está llamada a producir un cambio en la situación de hecho, con el objetivo de evitar un perjuicio irreparable a alguna de las partes.

En cambio, la medida cautelar innovativa presenta como características distintivas, el hecho de estar preordenada a una sentencia de fondo, impidiendo que se lleve a cabo una determinada actuación o, bien, ordenando que dicha actuación se practique.

Se encuentra orientada a evitar que se produzca un perjuicio que adquiera el carácter de irreparable con el transcurso del proceso, de tal manera que la adopción de la cautela innovativa evita que dicha irreparabilidad se produzca.

Persigue alterar el estatus existente, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares conservativas o la orden de no innovar y, por último, requiere

de la concurrencia de los requisitos propios de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora, contracautela, y un requisito específico de este tipo de medidas, la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable²³

CONCEPTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para establecer un concepto claro de las Medidas Cautelares o providencias preventivas, he de partir reconociendo que son una de las tantas instituciones de vasta amplitud legal y judicial sobre la cual no existe doctrinariamente un acuerdo aún sobre su denominación, así se habla de acciones cautelares, medidas preventivas, precautorias o precautelatorias, providencias cautelares, providencias preventivas, medidas de seguridad, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas de cautela, medidas provisionales, medidas urgentes, providencias conservatorias o interinas etc., no obstante correspondiendo reconocer que la denominación que se tome no estructura la esencia de la cosa o de la institución, sino que, por el contrario, ésta deberá ilustrar su nombre en virtud de su finalidad; y, “la naturaleza de las precauciones que aquí se trata, parece que el nombre apropiado, es el de medidas cautelares, puesto que el sentido lingüístico corresponde al contenido, simplemente porque se da la idea de prudencia, de previsión cauta ante el peligro en la demora (*periculum in mora*) que corre el derecho o la situación, así sea ahora una apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o solo verosímil o únicamente presumible. (Revista Jurídica, 2007)

El tratadista Ossorio, expresa que: “La providencia es una decisión judicial, cuyo contenido varía en el criterio de diversos autores²⁴, Por otro lado, Manuel Ossorio establece a las providencias preventivas como: “Cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz”²⁵

De acuerdo a lo que establece Ossorio, las Medidas Cautelares o providencias preventivas se utilizan para garantizar la eficacia de un juicio y que puede cumplirse o ejecutarse en su parte determinativa, puede que de no ser así el deudor podrá esconder sus bienes, trasladar a terceros, incluso ocultarlos, quedando la resolución sin ejecución.

²³ Díaz, O. L. (1999). *Medidas cautelares sobre automotores*. Buenos Aires: ASTREA

²⁴ Osorio, Manuel. (1981). *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES*. BUENOS AIRES - ARGENTINA: HELIASTA S. R. L.

²⁵ *Ibidem*.

Dentro de la normativa del Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 124, establece sobre las providencias preventivas que se puede solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que 16 se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.²⁶

Para el tratadista Calamandrei, opinaba que: más que hacer justicia, la tutela cautelar es una tutela mediata, que contribuye a garantizar la eficacia y seriedad de la Administración de Justicia, evitando que un deudor demandado aproveche las dilaciones propias del proceso judicial para poner a salvo sus bienes, eludiendo así el cumplimiento de la decisión del juez²⁷.

Para el tratadista Chiovenda expresaba que: El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por si misma de acción (acción aseguradora); y esa pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez, también aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto²⁸.

De lo expresado en torno a las diferentes conceptualizaciones de las medidas cautelares o providencias preventivas, se pueden establecer como órdenes del Juez, que se pueden instaurar dentro del juicio ejecutivo, con el ánimo de precautelar la cobranza del título ejecutivo, con la presunción de que es verídico el reclamo, además de que garantiza que el deudor no oculte sus bienes para poder tomarlos como medida de presión para el pago de lo adeudado. Los procesos cautelares están dirigidos a precautelar tanto el interés particular del solicitante, así como el interés público que requiere que los fallos judiciales sean cumplidos y sean acatados.

Por tanto, la naturaleza de los procesos cautelares, es la tutela procesal que asegura el cumplimiento de una sentencia en un proceso principal, razón por la cual se consideran procesos instrumentales.

NATURALEZA.

La naturaleza de las Medidas Cautelares o providencias preventivas está marcada por su instrumentalidad, en el sentido de que las medidas cautelares en sí mismas van a buscar el garantizar

²⁶ Código Orgánico General de Proceso, 2015. Art. 124.

²⁷ Calamandrei, P. (1984) PROVIDENCIAS CAUTELARES (Ed. Argentina). Buenos Aires.

²⁸ Chiovenda, G. (2005). INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL VOLUMEN I. ESPAÑA: Espasa Calpe, S.A. y Tagus Books, S.L.

el cumplimiento de una obligación presente o futura y presunta, dicha naturaleza de instrumental la encontramos en el régimen jurídico que se le dan estas de cautelar.

Así de esta manera el propio Echandía refiriéndose a la naturaleza instrumental de ciertos procesos y de esta manera incluyendo la naturaleza accesoria de las providencias preventivas señala que: “Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad”²⁹ La instrumentalidad de las providencias preventivas viene dada por el hecho de que su fin mediato no está en si misma, es decir, no está en el simple hecho de procurar mantener bienes o activos en el patrimonio del obligado, si no que el fin está ligado a una resolución judicial que se dicte dentro del proceso principal, es decir, dentro del proceso al cual el proceso cautelar está tendiendo a asegurar.

Así en el mismo orden de ideas Calamandrei al referirse concretamente a las providencias preventivas nos señala que: “Hay pues en las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho”³⁰

Son manifestaciones o muestras de la instrumentalidad de las providencias preventivas el hecho de que éstas efectivamente no puedan ser interpuestas si no dentro de un proceso o antes de este, así como lo señala el artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos:

Artículo 124.- “Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.

El secuestro o la retención se solicitarán a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.”³¹

De lo señalado podemos verificar que efectivamente las providencias preventivas, desde su concepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano están previstas como instrumental de un proceso principal, tanto así que una de las causales de caducidad previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo señala así: Artículo 133.- “Las providencias preventivas, si no se propone la demanda en lo principal,

²⁹ Devis Echandía, H. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, pag. 513 (Temis). Bogotá.

³⁰ Calamandrei, P. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, pag. 21 (El Foro). Buenos Aires.

³¹ Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*, pag. 20 (Ed. Legales). Quito

caducarán en el término de quince días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación. En este caso, la o el solicitante pagará los daños y perjuicios ocasionados.”³²

Así podemos señalar que las providencias preventivas efectivamente tienen una naturaleza instrumental, el hecho de que la razón misma de su existencia consiste en que se busca asegurar la resolución que se dicte en otro proceso. Así entonces como se ha señalado y como conclusión decimos que tanto doctrinaria como legalmente las providencias preventivas implican que necesariamente debe existir un proceso principal, como acertadamente lo señala Roberto Villareal “Las medidas cautelares se pueden solicitar antes, conjuntamente o después de una demanda, con el objeto de asegurar las pretensiones de las partes durante la pendencia del proceso, así, desde el punto de vista de la concepción clásica, las medidas cautelares están íntimamente ligadas a las existencia de un proceso.”³³

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las principales características de las medidas cautelares o de las providencias, son la instrumental, provisional, revocabilidad, operan a petición de parte, verosimilitud del derecho.

Instrumental.

Como ya se había señalado anteriormente, en el punto relativo a la naturaleza de las providencias preventivas, estas son instrumentales, se podría decir que ésta es la característica principal y fundamental de las medidas cautelares, y esto quiere decir, que como ya se había indicado, la razón misma de la existencia de las providencias preventivas radica en el hecho de que buscan garantizar el resultado, es decir la resolución que se de en otro proceso, así como también tiende a garantizar el cumplimiento de una obligación por parte de un acreedor, es decir, que en definitiva, siempre va a garantizar el cumplimiento de un derecho plasmado en una obligación ya establecida, o también va a garantizar el cumplimiento de una pretensión judicial.

Al hacer referencia sobre la instrumentalidad de las providencias preventivas encontramos algunos autores que de manera adecuada se refieren a esta, y a los cuales se hace necesario referirse para así poder terminar de comprender plenamente esta particularidad de esta institución del derecho procesal.

“Las medidas cautelares son instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas porque su

³² Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos pag. 21* (Ed. Legales). Quito

³³ Villareal, R. (2010). *Medidas Cautelares. Garantías constitucionales en el Ecuador pag.24* (Cevallos). Quito.

existencia depende de la pendencia de un proceso principal al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en éste.”³⁴

De igual manera Chioventa cuando se refiere a las medidas provisionales lo hace de la siguiente manera: “La medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad”³⁵

De lo citado anteriormente podemos concluir que la doctrina relativa a las medidas cautelares afirma lo que en un inicio se dijo y es que estas se encuentran inevitablemente ligadas a un proceso o a una obligación a la cual han de rendir tributo y a la cual se hallan subordinadas.

Debemos recalcar que esta característica de instrumentalidad no se entendería sin la efectiva existencia del proceso al cual pretende asegurar, ya que como señala Ernesto Salcedo al hacer referencia al objetivo de estas medidas nos dice que es: “Asegurar la efectividad de la sentencia que se expida en un proceso principal, vale decir, que no podemos entender esta característica si no es en relación al proceso asegurado, toda vez que a través de estas medidas no se va a actuar el derecho en el caso en concreto, sino asegurar que se pueda hacer efectivo en su momento”³⁶

Es necesario además señalar que como ya se había mencionado anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo establece el artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos, se prevé la posibilidad de que las providencias preventivas puedan ser solicitadas antes de presentar la demanda o dentro del proceso, pero el hecho de que se prevea que las providencias preventivas puedan ser solicitadas antes del proceso, no va a atentar y no es incompatible contra su principal característica de accesoriedad, dado que si efectivamente se han interpuesto providencias preventivas antes de presentar la demanda la ley obliga a que en un término de quince días se proponga la demanda en lo principal, y si es que no se interpone ésta en el tiempo señalado, las providencias preventivas caducarán.

Provisional

El hecho de que las providencias preventivas sean provisionales es una característica propia e intrínseca de estas, ya que como se mencionó las medidas cautelares son accesorias, y ya mencionamos que la accesoriedad radica en el hecho de que existen para efectivamente dar seguridad a otro proceso, es decir, existen para dar seguridad al resultado que se dicte dentro de una causa principal. “Si son instrumentales son provisionales, ya que, dada su condición instrumental al proceso, subsisten hasta el momento que exista una sentencia definitiva que ponga fin al proceso, o cambien

³⁴ Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III* (C. E. P.). pag.22. Guayaquil

³⁵ Chioventa, G. (1954). *Instituciones Derecho Procesal Civil*, pag. 282 (Madrid). Madrid.

³⁶ Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III* (C. E. P.). pag.23. Guayaquil

los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento”³⁷

Las providencias preventivas únicamente tienden a dar una suerte de seguridad jurídica del cumplimiento de la resolución que se dicte en el proceso al cual directamente se encuentran subordinados, no en si van a generar otro efecto de ejecución, si no únicamente precautelatorio.

“Dicho de otro modo, cuando el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alcanza firmeza o lo que es lo mismo, autoridad de cosa juzgada, se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de este instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital”³⁸

Sobre la base de la provisionalidad con que cuenta la medida cautelar, es obvio que la resolución que la haya dictado podrá y deberá ser revocada o modificada, todo esto tomando en cuenta como vayan variando las circunstancias que dieron lugar a que ésta efectivamente haya sido solicitada e impuesta, así como también conforme vayan variando las circunstancias del proceso principal.

Para finalizar sobre esta característica cabe mencionar la distinción que en la doctrina y sobre todo por parte de Calamandrei se realiza, ya que este autor va más allá de simplemente explicar por qué las providencias son provisionales, sino que este autor realiza una diferencia entre la provisionalidad y temporalidad de las medidas cautelares, y nos señala por qué estas no son temporales, pero si provisionales. “El concepto de provisoriedad...es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporalidad es, simplemente, lo que no dura para siempre, lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tienen por si mismo duración limitada. Provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el Estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio.”³⁹

Revocabilidad.

Como ya habíamos mencionado desde su propia esencia y su naturaleza las medidas cautelares son instrumentales respecto del proceso principal al cual van a asegurar, y el hecho de que efectivamente sean ordenadas se da por el hecho del temor que existe de que el patrimonio del obligado pueda verse afectado y así en consecuencia no pueda cumplir con la prestación que se le imponga, así de esta manera Chiovenda nos señala que: “La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, *resultará* de

³⁷ Villareal, R. (2010). *Medidas Cautelares. Garantías constitucionales en el Ecuador* pag. 46 (Cevallos). Quito.

³⁸Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III* (C. E. P.). pag. 24-25, Guayaquil.

³⁹ Calamandrei, P. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares* pag. 36.(El Foro). Buenos Aires.

la declaración definitiva”⁴⁰

Es necesario recordar que como ya habíamos mencionado en el punto anterior, las providencias preventivas con provisionales, y eso responde directamente a una necesidad actual, la cual debe ser debidamente justificada.

“La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley: si a continuación, por ejemplo, esta otra se demuestra que no existía, también la voluntad actuada en la medida provisional aparecerá como una voluntad que no debería haber existido.”⁴¹

Así como podemos observar que el hecho de que la razón que dio lugar al nacimiento de las providencias preventivas en un caso en concreto, se extinguiere, esto es, que ya no exista una razón para que estas continúen en firme desembocaría en el hecho de que sean revocadas, ya que, por su naturaleza accesoria, si ya no existe una razón para garantizar el resultado de un proceso principal, estas medidas preventivas ya no tendrían razón de ser y por ende y por lógica razón deberían ser revocadas.

Otro punto a destacar dentro de esta característica de la revocabilidad de las providencias preventivas es el hecho de que para que sean ordenadas no se requiere de un mayor peso probatorio, si no únicamente demostrar el peligro y la obligación o el fundamento de esta dentro del juicio principal. “para su concesión no hay una exigencia de demostración sustancial del derecho, sino una mera apariencia del mismo, un cierto grado de verosimilitud del derecho, un *fumus boni iuris*.”⁴²

La característica de preventivo y provisional con que cuentan las providencias precautelarias, hace que estas efectivamente puedan ser revocadas o modificadas según las circunstancias sobrevengan.

“las medidas cautelares están sujetas a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, siempre que el juez considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo.”⁴³

Las providencias preventivas, mientras perdure el juicio principal al cual se hallan subordinadas,

⁴⁰ Chioyenda, G. (1954). *Instituciones Derecho Procesal Civil*, pag.318, (Madrid). Madrid.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Villareal, R. (2010). *Medidas Cautelares. Garantías constitucionales en el Ecuador*, pag. 25, (Cevallos). Quito.

⁴³ Calamandrei, P. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, pag 56. (El Foro). Buenos Aires.

pondrán ser objeto o estar sujetas a modificaciones posteriores, de ahí su carácter revocable y modificable.

Operan a petición de parte.

Las Medidas cautelales o providencias preventivas al estar marcadas por su finalidad instrumental de procurar dar seguridad a la resolución que se dicte en otro proceso, y al tratarse de medidas de carácter urgente, en las cuales efectivamente existe la necesidad de alejar un temor que tiene el acreedor o el accionante de que el patrimonio de su obligado se vea afectado de tal manera que no se pueda cumplir con la obligaciones que tiene a su favor, o de que los bienes sobre los cuales se litiga puedan verse deteriorados, es por estas razones que al momento de que se solicita y de que se ordene una providencia preventiva se lo va a tratar de hacer con la mayor celeridad.

Así en cumplimiento de la celeridad que demanda, de forma lógica, la constitución de las providencias preventivas vemos que Ernesto Salcedo nos dice que:

“Las medidas cautelares, en términos generales, y en virtud de su carácter de urgente se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte, es decir, sin sustanciación previa con la intervención de la parte afectada por las mismas, puesto que el juez o el árbitro funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el solicitante”⁴⁴

Al respecto ha surgido una gran interrogante, ya que, si efectivamente como se mencionó, las medidas cautelares serán ordenadas a petición de parte y de la manera más rápida y simplificada posible, ¿Hasta qué punto puede prescindirse de la presencia de la parte en contra de quien van a ser ordenadas las providencias preventivas en la sustanciación de estas? Nos hacemos esta interrogante en consideración a lo establecido en el artículo 2 del Código Orgánico General de Proceso, el cual no dice que en los procedimientos que se lleven a cabo conforme este cuerpo normativo se observarán y se aplicarán los principios reconocidos por la Constitución de la República, así como los contenidos en los instrumentos internacionales a los cuales el Ecuador este suscrito, y entre estos principios debemos señalar el contenido en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, el cual, en sus 17 literales reconoce y desarrolla el derecho a la defensa.

Si bien como ya mencionamos el derecho a la defensa es un derecho fundamental reconocido a nivel legal, constitucional e incluso supra nacional, a pesar de esto dentro del trámite de sustanciación de las providencias preventivas que recoge el Código Orgánico General de Proceso, este derecho y este principio se ve directamente afectado ya que no prevé la comparecencia de la parte en contra de quien

⁴⁴ Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III*, pag. 30-31, (C. E. P.). Guayaquil.

van a ser ordenadas las providencias preventivas.

Proporcionalidad.

La proporcionalidad es una característica de las providencias preventivas en general, es un principio de éstas, ya que su constitución se lo hará fundamentada en el peligro en la demora y su apariencia de buen derecho que ostente el solicitante, estos dos factores deben necesariamente concurrir al momento de pretender constituir una medida cautelar, para así establecer la medida asegurando la proporcionalidad y la congruencia. Así como en lo relativo a la proporcionalidad, señala Jenny Escobar Alzate, en su obra *Nociones Básicas del Derecho Procesal Civil en el Código General del Proceso* “Se establece una regla proporcional de la medida, desde su injerencia mínima en la reparación o satisfacción, hasta la sustitución por caución”⁴⁵

La proporcionalidad debe estar presente y debe marcar directamente a las medidas cautelares en todo momento de su existencia, es decir, la medida adoptada debe ser adecuada y congruente con los antecedentes de hecho que motivan la imposición de estas, y también debe ser proporcional la caución que se pretenda prestar, para suspender esta.

PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las providencias preventivas previstas en el Código Orgánico General de Proceso son cuatro: el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar y el arraigo. Todas estas, y su regulación, es decir, sus requisitos y manera de practicarlas, se hallan establecidos en los diez artículos que integran el título tercero del libro segundo del Código Orgánico General de Proceso.

1.1.1. El secuestro.

Secuestro se va a denominar a aquella medida cautelar, mediante la cual se va a despojar de manera temporal y legítima a una persona de un bien determinado, con el objeto de procurar que este permanezca en el patrimonio de la persona o de velar por la integridad del bien sobre el cual se va a litigar, todo esto evidentemente para verificar el cumplimiento de la finalidad ya estudiada que tienen las medidas cautelares. Así de similar manera algunos autores se refieren al secuestro, señalando que se denomina secuestro, en sentido lato, “a la medida judicial en cuya virtud se desapodera a una persona de una cosa litigiosa o embargada o de un documento que tiene el deber de presentar o de

⁴⁵ Escobar, J. (2014). *Nociones Básicas de Derecho Procesal Civil en el Código General de Proceso* pag.272, (Unibagué). Ibagué.

restituir”⁴⁶

La finalidad del secuestro: Es una de las providencias preventivas que el legislador ecuatoriano ha concebido, esta medida cautelar se halla regulada específicamente en los artículos 124, 125 y 129 del Código Orgánico General de Proceso⁴⁷. Debemos señalar en primer lugar, y previo a entrar al estudio en concreto de esta medida en la legislación ecuatoriana, que doctrinariamente se dice que esta medida persigue o tiene por finalidad el resguardar bienes (generalmente muebles) para así de esta manera buscar dar una seguridad del cumplimiento de una obligación, así en similares términos se expresa Chiovenda el cual al pronunciarse sobre el secuestro nos dice que: “Tiene por finalidad conservar aquellas *garantías de créditos* que puedes más fácilmente desaparecer como los muebles (comprendiendo las naves), y las cantidades debidas al deudor por un deudor suyo.”⁴⁸

Aquí, debemos anticipar una diferencia en la última parte de este, ya que, si bien el secuestro persigue asegurar créditos como señala Chiovenda, debemos desde ya puntualizar que no va a recaer sobre dineros debidos por un deudor al deudor suyo, ya que esto encajaría en otro tipo de medida prevista igualmente por la legislación ecuatoriana como es la retención.

Bienes sobre lo que recae: El secuestro tiene como objeto el mantener bienes específicos del obligado en su patrimonio, esto en virtud de una resolución judicial. Ahora bien, los bienes que eventualmente se podían ver afectados por esta medida según señala la doctrina pueden ser tanto bienes muebles o inmuebles, recalcando que si bien esta medida recaerá sobre ambos tipos de bienes la regla general será que recaiga sobre todo en bienes muebles. “mediante el secuestro, se sustrae del uso y disposición del sujeto afectado por la medida, de una cosa, generalmente muebles, sobre la cual se litiga o se va a litigar”⁴⁹

⁴⁶ Ferreyra, A. y Rodríguez, M. (2009). *Manual de derecho procesal civil II*, pag. 198, (Alveroni). Córdoba

⁴⁷ Artículo 124.- Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial. Artículo 125.- Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario: 1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos Artículo 129.- Secuestro. Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. La parte contra quien se pida el secuestro, podrá oponerse prestando, en el acto, caución suficiente. El secuestro de bienes inmuebles se inscribirá en el registro de la propiedad. Mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso.

⁴⁸ Chiovenda, G. (1954). *Instituciones Derecho Procesal Civil*, pag. 319, (Madrid). Madrid.

⁴⁹ Ferreyra, A. y Rodríguez, M. (2009). *Manual de derecho procesal civil II*, pag. 198 (Alveroni). Córdoba.

De lo señalado podemos extraer que los bienes sobre los cuales se va a ordenar el secuestro, pueden ser tanto aquellos bienes sobre los cuales se va a litigar o que actualmente se litiga, cuestión que casi textualmente está prevista en nuestra legislación en el inciso primero del artículo 124 del Código Orgánico General de Proceso⁵⁰. En lo relativo a la legislación ecuatoriana, y con respecto al secuestro y sobre cuales bienes recaen, debo señalar que nuestro legislador concibió la posibilidad de que efectivamente esta medida pueda recaer tanto sobre bienes muebles como excepcionalmente sobre bienes inmuebles, cuestión que se desprende de los artículos 124, 125 del Código Orgánico General de Proceso, (relativo a los bienes muebles) y por sobre todo del artículo 129 del Código Orgánico General de Proceso, así como también del artículo 2160 del Código Civil, los cuales señalan que:

Artículo 129.-“Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. La parte contra quien se pida el secuestro, podrá oponerse prestando, en el acto, caución suficiente.

El secuestro de bienes inmuebles se inscribirá en el registro de la propiedad. Mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso”.⁵¹

Así mismo el propio Código Civil prevé la posibilidad de que exista un secuestro sobre bienes inmuebles, ya que en su artículo 2160, se establece cuáles serán las facultades y deberes del secuestre.

Art. 2160.- “El secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”.⁵²-

Así mediante la normativa citada efectivamente se puede verificar que el secuestro va a recaer tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles, aunque en la doctrina y en la práctica se establece esta medida por regla general sobre bienes muebles.

Requisitos de Procedencia. - En el artículo 125 del Código Orgánico General de Proceso, podemos efectivamente verificar los requisitos necesarios para que se pueda ordenar esta medida, así la disposición antes señalada nos dice que para que proceda el secuestro se debe:

1.- Probar la existencia del crédito.

Respecto de este requisito tenemos que puntualizar conforme lo ya anteriormente estudiado, en lo

⁵⁰ Artículo 124.- Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.

⁵¹ Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Pag. 21. (C. E. P.). Quito

⁵² Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Pag. 622. (C. E. P.). Quito

pertinente a las condiciones o requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares, ya que entre estos habíamos analizado al peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la contracautela. Así pues, dentro de la verosimilitud del derecho habíamos mencionado que no era necesario que se demuestre un derecho con una existencia comprobada, sino que bastaba con un derecho aparente cuya existencia se iba a resolver en el proceso principal, al cual el proceso cautelar era instrumental, en el sentido de que son instrumentos de procesos de declaración y de ejecución, cuya efectividad hacen posible.

Debo indicar que uno de los presupuestos para que proceda el secuestro, y que así lo exige la propia norma es que se demuestre la existencia del derecho o del derecho presunto, es decir, el fundamento de la pretensión.

2.- Probar el peligro en la demora.

Así mismo como un requisito previsto en la norma y que es necesario para que el juez dicte y ordene el secuestro es que debe existir un peligro en la mora, es decir que el solicitante del secuestro, y en palabras de la misma norma, debe temer de que este bien pueda desaparecer, ocultarse o que el deudor pueda tratar de enajenarlos; así también puede proceder el secuestro cuando el solicitante considere y fundamente que los bienes del obligado se encuentran en mal estado que no alcance a cubrir la deuda. De la norma a la cual nos acabamos de referir, que es el numeral 2 del artículo 125 del Código Orgánico General de Proceso, debemos anticipar que existe una mala redacción por parte del legislador ecuatoriano, ya que se prevé dos grupos de presupuestos relativos al secuestro y que hacen referencia al peligro en la mora, estos son: que por una parte los bienes del deudor no sean suficientes para cumplir con la obligación, y por otra parte que este bien en cuestión pueda desaparecer, ocultarse o el deudor trate de enajenarlo. Así pues, cada uno de estos presupuestos corresponde a un tipo de obligación o antecedente de hecho, el primero para créditos y el segundo para bienes que se litigan o se van a litigar.

Como se puede prever del contenido del artículo 125, podemos observar de manera expresa la finalidad misma de las providencias preventivas, ya sea resguardando los pocos bienes del deudor y que en virtud del derecho general de prenda pueden ser usados para el cobro de sus acreencias por parte del deudor conforme lo permite el artículo 2367 del Código Civil, el cual nos señala que toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, o así también se puede ver manifiesta la finalidad de las medidas cautelares cuando permite resguardar bienes que se van a litigar en un proceso y que pueden desaparecer, ocultarse o el deudor tratar de enajenarlos, es decir va a resguardar esos bienes en específico “impidiendo que el dueño poseedor disponga de ellos hasta tanto no se surtan las etapas procesales correspondientes y se tome una

decisión, asegurando que con respecto a esos bienes dicho fallo se cumpla”⁵³

La retención.

La retención es otra de las providencias preventivas previstas en el Código Orgánico General de Proceso, la cual, extrañamente, está recogida de manera conjunta con el secuestro, de lo cual se puede deducir que se consideran a ambas medidas cautelares como similares o al menos que están relacionada una con otra, sin embargo, a lo largo del siguiente punto se podrán verificar ciertas diferencias sustanciales entre la retención y el secuestro, cuestión que viene demostrar una grave falencia por parte del legislador ecuatoriano al haber establecido ambas medidas conjuntamente, así mismo en el presente punto haremos referencia también a ciertas particularidades en la redacción de esta medida cautelar.

La retención como providencia preventiva desde el punto de vista doctrinario no ha tenido un desarrollo tan extenso y profundo como lo tuvo el secuestro, es por ello que resulta un poco más difícil encontrar un desarrollo doctrinario relativo a esta medida, ya que la retención es una de las figuras jurídicas más complejas de establecer y plasmar, tanto así que se la ha concebido de varias formas, ya sea como un derecho personal con disponibilidad a terceros, una medida cautelar, etc.

En primer lugar y como una definición personal de retención conforme lo previsto en el Código Orgánico General de Proceso, podemos decir que es una medida cautelar, que lo que persigue es que ciertos bienes, créditos, dineros o valores de los cuales el deudor o el obligado es su titular, no regresen a poder de este, si no que como señala su nombre se queden retenidos en manos de esa tercera persona en cuyo poder estaban, para que así, esta tercera persona bajo su responsabilidad no se los entregue al titular o dueño, sin que intermedie una orden judicial, procurando de esta manera resguardar ciertos bienes, valores, dineros o créditos, de los cuales el acreedor pueda hacer efectiva su obligación.

La retención dentro del cuerpo normativo en estudio tiene un desarrollo en conjunto con el secuestro, tanto así que incluso en lo relativo a la procedencia y a los requisitos de estas se han establecido de manera conjunta en los artículos 124 y 125 del Código Orgánico General de Procesos, cuestión que a todas luces es errada, tomando en cuenta la naturaleza misma de la retención y la posibilidad que esta medida trae consigo, en el sentido de que faculta o incluso obliga a una tercera persona a retener ciertos bienes, créditos o valores y no entregárselos a su legítimo titular o poseedor, además de que en esencia la retención puede recaer sobre bienes de naturaleza distinta respecto de los bienes sobre

⁵³ Blanco, C. (2014). Medidas Cautelares a la Luz del Nuevo Código General de Proceso. Pag. 285, In M. Vázquez (Ed.), *Temas Actuales en Derecho Procesal y Administración de Justicia* (Universidad, p. 285). Barranquilla.

los cuales recae el secuestro, es así que era evidente que la retención debía tener un trato y desarrollo diferenciado y autónomo respecto del secuestro, tanto por el hecho que pueden llegar a recaer sobre bienes de distinta naturaleza, como por el hecho de las personas que intervienen y se ven afectadas y obligadas por esta medida, ya que no prevé mayor regulación respecto de los bienes sobre los cuales recae y sobre aquella tercera persona afectada por la retención que lo establecido en el artículo 130 del Código Orgánico General de Procesos, el cual nos dice:

Artículo 130.- “La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o un tercero ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se retengan, para que no se los entregue sin orden judicial. Esta orden podrá impugnarse en el término de tres días.”⁵⁴

Finalidad.- Si bien ya se estudió en el capítulo anterior la finalidad de las providencias preventivas en general, la cual era efectivamente el facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión del patrimonio del obligado con el que se pueda cumplir de la misma, es decir que como efectivamente, se señaló dentro de las características de las providencias preventivas, estas van a procurar asegurar una resolución a dictarse en un proceso principal, y de ahí que viene su carácter de instrumental.

La retención en concreto, según se desprende del contenido de los artículos 124, 125 y 130 del Código Orgánico General de Proceso, lo que va a procurar es que rentas, créditos o bienes, que sean de titularidad de deudor y que estén en manos de una tercera persona, permanezcan en poder de esa tercera persona, todo esto evidentemente en base a una orden judicial oportunamente dictada, para que así dicha tercera persona retenga estos bienes, créditos o rentas y no se los entregue a su titular sino hasta que medie una resolución judicial en tal sentido.

Así efectivamente lo que busca la retención es privar al deudor de los anteriormente señalados derechos, bienes y acciones, para que así no pueda disponer libremente de estos, y se conserve su patrimonio en tal estado que pueda soportar el cumplir con la obligación con la que se le persigue. Cabe recalcar que la persona en cuyo poder se encuentran estos bienes, rentas o crédito queda judicialmente impedida de entregárselas a su titular con la sola notificación de la resolución respectiva, constituyéndose, así como en un requisito para que opere la retención el hecho de que se especifique y se individualice a aquella persona en cuyo poder se encuentra, cuestión que será analizada más a profundidad posteriormente en el punto relativo a los requisitos de procedencia de la retención.

Bienes sobre los que recae.- La retención como providencia preventiva dentro del Código Orgánico

⁵⁴ Asamblea Nacional, 2015, p. 21

General de Proceso, ha sido establecida de manera conjunta con el secuestro, en lo relativo a la procedencia y a los requisitos que se requieren para que estas operen, sin embargo ya en cuanto a su desarrollo de fondo y en cuanto a sobre que bienes va a recaer la retención se ha verificado un trato diferenciado, tomando en cuenta la naturaleza propia y especial de la retención frente al secuestro, así es pues que, dentro del artículo 130 del Código Orgánico General de Procesos, el cual exclusivamente trata sobre la retención nos dice que esta se verificará sobre las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor, es decir, que el deudor sea el titular de estos o su legítimo poseedor, pero que se hallen en poder de un tercero. Así pues, de esta manera el Código Orgánico General de Proceso, nos señala y enumera expresamente sobre que bienes va a recaer la retención. Algunos autores haciendo referencia a que la retención va a recaer sobre rentas o créditos han llegado a señalar incluso que dicha medida precautelatoria se la podría considerar incluso como una suspensión del pago de lo que se debe hasta que se satisfaga la obligación que hizo nacer dicha medida, es decir, hasta que exista una orden judicial que permita efectuar la entrega de dichos créditos o rentas a quien legalmente corresponde. Por último, cabe señalar una particularidad relativa a la retención, y es que, entre uno de los requisitos previstos en el Código Orgánico General de Procesos, para esta medida está el hecho de que se justifique el temor de puedan ocultarse o deteriorarse los bienes sobre los cuales se va a litigar o se litiga, cuestión que de ninguna manera tiene cabida en la retención, ya que esta únicamente procede para asegurar créditos, mas no los bienes objeto del litigio. Este error recogido en el Código Orgánico General de Proceso, viene dado por el hecho de que innecesariamente y sin razón alguna en el Código Orgánico General de Proceso. se desarrolló conjuntamente el secuestro y la retención

Requisitos de procedencia.- Los requisitos para la procedencia de la retención están recogidos dentro del artículo 125 del Código Orgánico General de Proceso, conjuntamente son los requisitos de procedencia del secuestro, cuestión que a todas luces es errada , razón por la cual se debe realizar una puntualización a la forma en como está redactado el anteriormente señalado artículo y su pertinencia con la naturaleza misma de la retención; así como también la ausencia de un requisito fundamental para la procedencia misma y la práctica de la retención.

En primer lugar y como ya se señaló en lo relativo al secuestro, el artículo 125 en su numeral uno prevé como requisito que se pruebe la existencia del crédito, cuestión que si bien es correcta, ya que la retención va a procurar garantizar el cumplimiento de una obligación resguardando el patrimonio de deudor, se debe resaltar la falta de armonía por parte del legislador ecuatoriano al haber plasmado de manera conjunta los requisitos de procedencia de la retención y del secuestro, ya que estas medidas cautelares pueden llegar a perseguir finalidades u objetos distintos, de lo cual se desprende que éstas pueden llegar a tener presupuestos diferentes. Pero además se debe acotar que para que proceda la retención y las providencias preventivas en general no es estrictamente necesario la prueba del derecho, sino que basta con que exista una verosimilitud del derecho, es decir, que se pruebe el

fundamento de la pretensión, todo esto ya se señaló anteriormente tanto en lo relativo a los requisitos de procedibilidad del secuestro, así como también en lo relativo a los requisitos de procedencia de las providencias preventivas en general.

En segundo lugar, debemos señalar que el numeral segundo del artículo 125 nos dice que se para que proceda la retención se debe probar que los bienes del deudor se encuentran en tal estado que no se alcance a cubrir la deuda, o también nos dice que se debe probar que los bienes pueden desaparecer ocultarse o el deudor tratar de enajenarlos.

De lo dicho se debe realizar un comentario a lo establecido por el legislador ecuatoriano en el Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que si bien es necesario que se pruebe el mal estado de los bienes del deudor, este requisito será exigido en los casos en que se solicite una providencia preventiva que tenga como antecedente un crédito como lo es la retención, es decir, que lo que se pretenda es asegurar el patrimonio del deudor para procurar garantizar el cobro de un crédito, sin embargo el otro requisito previsto en el artículo 125 del Código Orgánico General de Proceso, relativo a que se justifique el temor de que los bienes sobre los cuales se van a litigar o se litiga no tiene lugar ni sentido dentro del desarrollo de la retención, ya que ésta providencia preventiva únicamente procederá en el primer supuesto, es decir, ésta medida precautelatorias solo operará en los casos en que se persiga asegurar el cumplimiento de un crédito, mas no para asegurar la cosa sobre la cual se va a litigar, cuestión que redundo en una evidente falta de técnica jurídica por parte del legislador ecuatoriano.

Sin embargo, debo dejar en claro que todo lo relativo a comentario que se realicen al Código Orgánico General de Proceso, será materia del último capítulo del presente trabajo.

También resulta sumamente necesario el resaltar que en cuanto a los requisitos de procedencia de la retención en el artículo 125 del Código Orgánico General de Proceso, se ha omitido uno de gran importancia, el cual es el hecho de que se debe señalar, identificar e individualizar a la persona en cuyo poder se encuentran los bienes, rentas o créditos del deudor, es decir, se debe señalar en lugar en el cual se le a de notificar con la resolución a dicha persona, todo esto con obvios efectos prácticos, en el sentido de que al notificar con la resolución a esta persona, queda impedido de restituir la cosa en cuestión al deudor sin que intermedie una orden judicial.

Para finalizar el estudio de la retención según los términos en los que el Código Orgánico General de Proceso, es necesario hacer una breve mención al error en el que incurre el legislador al prever que esta providencia precautelatorias puede recaer sobre bienes, cuestión que evidentemente proviene de un error de conceptos por parte del legislador, ya que la retención como providencia preventiva no va a operar sobre bienes, sino que únicamente va a operar sobre rentas o créditos del deudor y que se

encuentren en poder de una tercera persona. Y el hecho de que la retención no recaiga sobre bienes viene dada por una evidente noción práctica de la medida, ya que el establecer que la retención puede recaer sobre bienes coloca a aquella tercera persona que interviene en la práctica de la medida, es decir a aquella persona que debe retener el bien, en una situación que podría asemejarse a la de un depositario judicial. Además, y por último es totalmente contrario a la lógica y a la razón el hecho de que pueda operar la retención sobre bienes muebles, tomando en cuenta tanto la naturaleza de la retención.

Prohibición de enajenar bienes inmuebles.

La prohibición de enajenar como providencia preventiva, es decir, como un medio para impedir la libre disposición de ciertos bienes por parte del deudor, y específico, como una medida de inhibición judicial, común y preventiva la encontramos plasmada en el artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso, en el cual nos señala que:

Artículo 126.- “La o el juzgador, en los casos permitidos por la ley y a solicitud de la o del acreedor, podrá prohibir la enajenación de bienes inmuebles de la o del deudor, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos.

Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para la prohibición de enajenar bienes inmuebles, bastará que se acompañe prueba del crédito y de que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago.”⁵⁵

Cuando nos referimos a la prohibición de enajenar según lo previsto en la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico General de Proceso, debemos señalar que verdaderamente es un mecanismo o un medio tendiente a garantizar el cumplimiento de una obligación, tal cual nos señala el inciso final del artículo 126 del anteriormente señalado cuerpo normativo y que es relativo a la prohibición de enajenar.

Así pues para poder realizar un análisis en debida forma en lo relativo a la prohibición de enajenar debemos en primer lugar concretar su verdadera esencia y naturaleza, para lo cual podemos iniciar señalando que esta providencia preventiva, podría llegar a tener una relación con algunas otras figuras cautelares como pueden ser: la prohibición de innovar, la prohibición de contratar y se podría decir que incluso con la anotación de Litis o la inhibición general de bienes, pero para diferenciar a la prohibición de enajenar en los términos previstos en el artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso,

⁵⁵ Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*, pag 20 (Ed. Legales). Quito.

debemos encontrar sus particularidades propias y distintivas de las otras medidas que de cierta manera podrían resultar de cierta manera afines.

Así en primer lugar nos corresponde señalar que esta medida va a recaer únicamente sobre bienes que no son objeto de litigio, es decir, que de las dos finalidades que pueden perseguir las providencias preventivas, ésta medida únicamente va a perseguir una, la cual es procurar garantizar que el deudor cuente con bienes suficientes para el pago, cuestión que se desprende de lo señalado en el inciso final del artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso. Además, cabe señalar que la prohibición de enajenar va a recaer sobre bienes determinados, individualizados y concretos, es decir, que puede recaer esta medida sobre uno o varios bienes, pero siempre concretos y no en general, hago esta puntualización para diferenciar la prohibición de enajenar de otras medidas que se podrían considerar similares pero que recaen sobre una generalidad de bienes, como por ejemplo la inhibición general de bienes.

Y por último debo señalar que esta medida va a recaer sobre bienes inmuebles, cuestión que se desprende del propio texto del primer inciso del artículo 126 del Código Orgánico General de Procesos, y por consiguiente, al recaer esta medida sobre dichos bienes, evidentemente esta se practicará mediante la notificación del particular al registrador de la propiedad, para que efectivamente proceda a realizar la inscripción de la providencia y así los bienes sobre los cuales hayan recaído esta queden impedida de poder ser enajenados o gravados.

Finalidad. -Cuando nos referimos a la finalidad de la prohibición de enajenar podemos decir que tiene una doble finalidad. La primera es aquella que es común a casi todas las providencias preventivas, y es asegurar que el deudor, es decir, el obligado cuente con suficientes bienes para poder solventar el pago del crédito, tanto es así que para que proceda esta medida la norma ha previsto expresamente que se acompañe a la solicitud de esta medida la prueba de la existencia del crédito y el hecho de que si el deudor enajena o grava el o los bienes sobre los cuales se quiere imponer esta medida podría quedarse sin bienes suficientes para solventar adecuadamente su obligación, es así pues que en definitiva como ya se señaló esta medida busca garantizar que el patrimonio del deudor permanezca en tal estado que permita el solventar con la deuda. y en segundo lugar se podría señalar que esta medida persigue también un fin publicitario, tomando en cuenta la naturaleza de los bienes sobre los cuales va a recaer y la forma en la cual se va a practicar o llevar a cabo esta medida, es decir, en definitiva lo que se pretende también es que toda persona conozca la situación en que se encuentran los bienes del deudor sobre los cuales se hayan impuesto la prohibición de enajenar. Sin embargo cabe resaltar el hecho de que el Artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso únicamente prevé la prohibición de enajenar que tiene como finalidad el asegurar el crédito, cuestión que se desprende del texto literal del propio artículo, dejando de lado sin motivo alguno la otra finalidad que persiguen las providencias preventivas y entre estas la prohibición de enajenar, la cual es el asegurar el

bien sobre el cual se va a litigar o se litiga, es decir que el Código Orgánico General de Proceso, sin fundamento alguno desconoce una de las finalidades que puede perseguir la prohibición de enajenar, la cual efectivamente es como ya se dijo, asegurar el bien sobre el cual se va a litigar o se litiga y de manera textual establece que la prohibición de enajenar busca únicamente asegurar el cumplimiento de un crédito.

Bienes sobre los que recae. La prohibición de enajenar, si bien es una medida que tiene de cierta manera una leve relación con la prohibición de innovar o de contratar, las cuales va a recaer tanto sobre los bienes muebles o inmuebles del deudor, la prohibición de enajenar solo recaerá sobre bienes inmuebles que hagan posible o viable el cumplimiento de su obligación por parte del deudor, mas no va a recaer sobre aquellos bienes sobre los cuales se va a litigar, según lo establece el artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso, cuestión que según la doctrina y la naturaleza propia de la providencia preventiva de la prohibición de enajenar es errada, ya que la prohibición de enajenar puede ser interpuesta tanto para asegurar el cumplimiento de una obligación, cuanto para asegurar el hecho de que no se pueda enajenar, gravar o hipotecar el bien sobre el cual se va a litigar o se litiga, ya que lo que efectivamente persigue esta medida cautelar es asegurar el cumplimiento de una obligación o la ejecución de una sentencia, esto último precautelado el bien sobre el cual se va a litigar o se litiga. Adicionalmente cabe señalar que la prohibición de enajenar al recaer sobre bienes inmuebles y tomando en cuenta la naturaleza y la regulación que se da a estos en el País es evidente que la práctica de esta medida se la realizará mediante la correspondiente inscripción en el registro de la propiedad.

Requisitos de procedencia. La prohibición de enajenar, como una especie de inhibición preventiva que se impone sobre el titular de ciertos bienes inmuebles, para así de esta manera impedir que pueda enajenarlos o gravarlos libremente, debe cumplir con algunos requisitos, de los cuales la gran mayoría están previstos dentro del propio artículo 126 del Código Orgánico General de Proceso, así tenemos que para que proceda la prohibición de enajenar como una providencia preventiva en primer lugar se debe probar la existencia del crédito, es decir, de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, aunque como ya se estudió también se puede solicitar y consecuentemente ordenar una medida cautelar en base al fundamento de una pretensión, así pues en definitiva señalamos que para que proceda la prohibición de enajenar, se debe probar la existencia de la obligación o del fundamento de la pretensión, es decir, justificar un derecho aparente. A más de lo mencionado se debe probar lo que en doctrina se llama peligro en la demora, y que ya se estudió con anterioridad, es decir, se debe probar la necesidad o la urgencia de interponer dicha medida cautelar, en el sentido de que si no se la ordena y se la interpone oportunamente el deudor podría enajenar o gravar sus bienes y no tendría otros suficientes con los cuales cubrir su obligación, y así en consecuencia en caso de existir una resolución judicial declarando con lugar la obligación discutida en el proceso principal ésta ya no se

podría ejecutar por el hecho de que ya no existen bienes saneados en el patrimonio del deudor con los cuales efectuar el pago, es por ello que en segundo lugar se debe probar la urgencia o el peligro en la demora. Y en último lugar como un requisito de procedencia de la providencia preventiva de prohibición de enajenar, es el hecho de que se debe probar la titularidad del deudor respecto de cada uno de los bienes sobre los cuales se pretende interponer esta medida, aunque este requisito no está previsto dentro del artículo 126, es evidente que se la debe cumplir, por lógicos efectos prácticos y para interponer de manera adecuada la medida sobre los bienes que son de titularidad del deudor, y no sobre los de una tercera persona extraña a la situación de hecho.

Prohibiciones de enajenar de pleno derecho. - Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos varias disposiciones que efectivamente nos llevan a pensar que dentro de éste existen algunos casos en los cuales se da una verdadera prohibición de enajenar, pero éstas, a diferencia de la prohibición de enajenar en la forma prevista en el Código Orgánico General de Proceso, no requieren de una solicitud y un procedimiento en los términos del artículo 127 del Código Orgánico General de Procesos, sino que operan de pleno derecho, es decir, sin que exista una orden o una resolución judicial en tal sentido, así podemos citar entre estos casos los siguientes.

Art. 297.- “No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.”⁵⁶

Art. 418.- “No será lícito al tutor o curador, sin previa decisión judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ¿ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiestas.”⁵⁷

Art. 509.- “Se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, ¿contraer empréstitos y enajenar aún los bienes muebles que no sean corruptibles; a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera.”⁵⁸

De todos los casos anteriormente citados podemos ver que se desprende una prohibición de enajenar que se la podría denominar como tácita, en el sentido de que, si bien no se expresa tal cual una prohibición de enajenar, en los términos hasta ahora estudiados, podemos verificar un impedimento de disponer libremente de ciertos bienes. Evidentemente que estas prohibiciones de enajenar o impedimentos para disponer libremente de los bienes dista mucho de la prohibición de enajenar como medida cautelar hasta ahora estudiada, sin embargo, se me hacía necesario el mencionar estos casos

⁵⁶ Congreso Nacional. (2005a). *Código Civil*, pag. 102. (Ed. Legales). Quito

⁵⁷ Congreso Nacional. (2005a). *Código Civil*, pag. 134. (Ed. Legales). Quito.

⁵⁸ Congreso Nacional. (2005a). *Código Civil*, pag. 157. (Ed. Legales). Quito

en los cuales se observa una prohibición de enajenar, para diferenciarlos de manera puntual y expresa de la prohibición de enajenar, ya que esta última en si es una medida cautelar que va a viabilizar el cumplimiento de una resolución judicial o de una obligación, en cambio los casos anteriormente y que pertenecen al código civil obedecen a otras causas ajenas a los objetivos de las providencias preventivas.

Arraigo.

El arraigo es una medida cautelar de carácter personal, es decir, es una providencia que va a recaer sobre una persona y además será sobre una persona física, a diferencia de las providencias preventivas estudiadas hasta ahora, las cuales recaían sobre bienes, ya sean estos muebles o inmuebles, o incluso sobre títulos de crédito, rentas o valores. El arraigo está previsto dentro del Código Orgánico General de Proceso en su artículo 131, el cual nos señala que:

Artículo 131.- "La o el acreedor que tema que la o el deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar el arraigo, siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que la o el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país."⁵⁹

Esta providencia preventiva lo que busca es dar una seguridad al acreedor o a quien ostente un fundamento de una pretensión, de que su deudor o aquella persona contra quien procure ejercer dicha pretensión se ausente del País sin dejar bienes suficientes dentro de dicho País para que el primero pueda hacer efectiva sus acreencias o sus derechos.

Respecto del arraigo Carlos Arellano la define como: "La providencia precautoria en la cual se limita el desplazamiento de la persona física ya que no debe ausentarse del lugar del juicio"⁶⁰.

Desde el la redacción del artículo 131 del Código Orgánico General de Proceso, podemos visualizar una característica esencial del arraigo, y es que esta medida solamente opera en contra de extranjeros, ya que si bien en el Ecuador desde hace ya varios años se eliminó la posibilidad de que exista una limitación a la libertad por deudas (excepto caso de pensiones alimenticias), tomando en cuenta la especial situación de que el obligado se trate de una persona extranjera se hace necesario el adoptar ciertas medidas que faciliten la ejecución de una resolución judicial, ya que al tratarse de un extranjero éste fácilmente puede ausentarse del País para así tratar de eludir su obligación, es por ello que se ha optado por imponer esta restricción a la libertad de movilidad de las personas extranjeras, siendo incluso el arraigo muy controversial por el hecho de estar reñido con varios preceptos constitucionales y supra constitucionales que procuran salvaguardar la libre movilidad humana, sin

⁵⁹Asamblea Nacional, 2015, Código Orgánico General de Proceso (Ed. Legales) Quito. pag. 21

⁶⁰Arellano, Carlos. 1987, Derecho Procesal civil. (Porrúa) México. Pag. 115.

embargo, a pesar de todo ello se ha llegado a consolidar por parte del legislador ecuatoriano esta providencia preventiva para el garantizar el resultado judicial del cual el proceso cautelar el accesorio, así en definitiva dar una mayor seguridad jurídica a las relaciones de derecho existentes y en las cuales intervenga una persona física extranjera.

Finalidad.- El arraigo a más de cumplir con uno de los dos objetivos genéricos que persiguen las providencias preventivas estudiadas hasta ahora, el cual es procurar hacer posible la ejecución de una resolución judicial que se dicte en el proceso principal, es decir, buscar hacer factible el cumplimiento de una obligación, lo que busca es evitar que una persona extranjera salga del País, con el fin de efectivamente evitar el cumplimiento de dicha obligación cuya existencia se va a discutir en el proceso principal.

Evidentemente y como ya se dijo anteriormente, esta medida cautelar en principio se pensaría que está reñida con un precepto constitucional y supra constitucional, el cual hace referencia a la libertad ambulatoria, el cual está recogido en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador, y el cual nos dice:

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

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados."⁶¹

Como se puede apreciar, efectivamente la propia Constitución reconoce el derecho a salir y entrar libremente del País, pero así mismo el propio artículo 66 numeral 14 prevé la excepción a dicho principio, ya que reconoce la posibilidad de que un juez competente imponga la prohibición de salida del País, como en este caso sería el arraigo.

Es así que la propia Carta Magna deja la puerta abierta para que en casos de que un acreedor tema la ausencia de su deudor extranjero para evitar el cumplir con su obligación, y mediante la orden de un Juez competente, se puede impedir la salida de dicho deudor del País, evidentemente y como señala el artículo 131 del Código Orgánico General de Proceso, para imponer dicha restricción es necesario

⁶¹ Asamblea Constituyente. 2008. Constitución de la República del Ecuador, C.E.P. Quito, pag. 30.

además que el deudor no tenga bienes suficientes en el País para solventar su obligación.

Es así que para finalizar lo relativo a la finalidad del arraigo decimos que es una prevención del juez, para que la persona contra quien se pretende ejercer una obligación, que, en el caso previsto en el Código Orgánico General de Proceso, necesariamente debe ser extranjero, no salga del País con el objetivo de incumplir dicha obligación.

Objeto sobre el que recae. - El arraigo es una providencia preventiva prevista en el Código Orgánico General de Proceso en su artículo 131, y al ser efectivamente una medida cautelar va a velar por el efectivo cumplimiento de una obligación, impidiendo que el demandado o quien va a ser demandado en un proceso judicial se ausente del territorio ecuatoriano, a no ser que cuente con bienes suficientes en el País con los cuales su acreedor pueda hacer efectiva la obligación de la cual es titular.

En lo relativo a sobre que va a recaer al arraigo, como se desprende del contenido del propio artículo 131 del Código Orgánico General de Proceso, el arraigo únicamente va a recaer sobre personas extranjeras, ya que es sobre estas personas por su especial circunstancia de ser extranjero, es que el acreedor puede llegar tener un mayor temor de que se ausente para así eludir el cumplimiento de su obligación.

Existe una medida muy similar al arraigo según los términos del Artículo 131, la cual de igual manera consiste también en una limitación la libertad ambulatoria, y así mismo tiene por finalidad el evitar que el obligado se ausente del territorio nacional, dicha medida es la prohibición de salida del País, esta medida, que en sentido estricto también es un arraigo atendiendo a la naturaleza de ésta figura, puede recaer sobre las personas nacionales, y puede proceder por varias circunstancias siendo la principal el hecho de que existan pensiones alimenticias adeudadas.

Requisitos de procedencia.- Para que proceda el arraigo evidentemente se debe cumplir con los presupuestos previstos para las medidas cautelares en general, los cuales son: que exista el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho, y además en los ordenamientos jurídicos que así lo prevean se deberá cumplir con la contracautela, todos estos requisitos o presupuestos fueron ya analizados en el primer capítulo del presente trabajo, y sobre todo o relativo a si efectivamente la contracautela debe ser o no considerada como un requisito de procedencia. Pues bien, una vez mencionados ya los requisitos generales para la procedencia misma de las medidas cautelares tenemos que analizar a detalle los requisitos establecidos en el artículo 131 del Código Orgánico General de Proceso, y así poder visualizar cuáles serán los requisitos en específico que se deban cumplir para que proceda el arraigo como una providencia preventiva.

En primer lugar, la norma nos dice que el acreedor deberá demostrar la existencia del crédito, pues bien, al respecto hacemos referencia que para que procedan las providencias preventivas no es necesario demostrar la existencia de la obligación como tal, sino que basta con probar la existencia de

una obligación presunta, es decir, que en definitiva para que proceda la medida cautelar se debe probar la verisimilitud del derecho. Debo señalar que al respecto de este requisito se ha profundizado de mejor manera en puntos anteriores.

En segundo lugar, el artículo 131 nos señala que el acreedor debe probar que el deudor no cuenta con bienes raíces suficientes para el cumplimiento de la obligación dentro del País. Este requisito está directamente relacionado con el peligro en la demora, en el sentido de que se requiere de manera urgente la actuación judicial impidiendo la salida del deudor del territorio nacional, ya que caso contrario este podría efectivamente evitar el cumplir con su obligación, ya que el acreedor no contaría con bienes suficientes dentro del País para poder satisfacer u honrar la deuda que se tiene con él.

Y en tercer lugar como requisito para que proceda el arraigo encontramos que el acreedor debe probar que el deudor es extranjero, ya que como se mencionó anteriormente esta providencia preventiva va a recaer únicamente sobre personas extranjeras, mas no sobre los nacionales, ya que sobre estos último existe otra medida a aplicar cuando se pretenda asegurar la presencia de una persona dentro del territorio nacional, como puede ser la prohibición de salida del País.

Para finalizar en lo relativo al arraigo debemos señalar que el Código Orgánico General de Proceso en lo relativo a la forma en la que se debe practicar el arraigo tiene un gran vacío, ya que no dice la manera en que como se va a llevar a cabo esta providencia preventiva, dejando una gran incertidumbre respecto de esto, y así mismo dejando a discreción del juzgador la manera en como a de efectuarse el arraigo, a diferencia de lo que ocurría con el Código de Procedimiento Civil, el cual en su artículo 913 nos expresaba que una vez justificada la existencia del crédito, el hecho de que el deudor es extranjero y la insuficiencia de bienes raíces del deudor dentro del País, el juzgador inmediatamente debía disponer que se intime al deudor que no se debe ausentar del lugar hasta que se concluya con el respectivo procesos y que de ser necesario haya honrado su obligación con su acreedor; a no ser de que la persona sobre quien impuso la medida constituya apoderado expensado y dé seguridades de que pagará lo que se le ordene en sentencia. Cabe además añadir que en el Código Orgánico General de Proceso nada dice acerca de la vulneración o el quebrantamiento de la medida, cuestión que el Código de Procedimiento Civil si trataba de manera expresa en el artículo 914, el cual nos señalaba que si se incumplía con la medida se podía ordenar de manera inmediata la aprehensión del deudor, para ponerlos a órdenes del Juez competente.

PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESO.

El Procedimiento de las medidas cautelares establecido en el Código Orgánico General de Procesos

para la constitución de las providencias preventivas previstas en este, revisaremos lo establecido en el artículo 127 del Código Orgánico General de Proceso.

Artículo 127.- “Presentada la solicitud de providencias preventivas, conforme con los requisitos de la demanda, la o el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará audiencia en la que resolverá dicha solicitud.”⁶²

Del artículo antes citado se puede observar que efectivamente para que procedan las providencias preventivas en primer lugar debe existir una solicitud, la cual debe cumplir con los mismos requisitos para la demanda establecidos en el 142 del Código Orgánico General de Proceso. Y que el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará a audiencia en la que resolverá dicha solicitud, pues bien, aquí surge un problema relativo a presencia del demandado, ya que si nos ceñimos al texto del artículo antes mencionado se puede observar que no se cuenta o no se prevé con la presencia del demandado al momento de resolver sobre la constitución o no de las providencias preventivas, cuestión que lógicamente va a atentar contra el derecho constitucional a la defensa de este. Si bien la doctrina prevé también que la sustanciación de la solicitud de las medidas cautelares sea sucinta y breve como señala Salcedo: “Las medidas cautelares, en términos generales, y en virtud de su carácter de urgente se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte, es decir, sin sustanciación previa con la intervención de la parte afectada por las mismas, puesto que el juez o el árbitro funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el solicitante”⁶³.

La doctrina prevé una sustanciación de la solicitud de las medidas cautelares sin presencia de la parte demandada, no es menos cierto que dicha sustanciación afecta de manera directa a derechos constitucionales de la parte demandada, como pueden ser el derecho al debido proceso o a la defensa, consideramos que efectivamente el Código Orgánico General de Proceso, prevé que la sustanciación de la solicitud de providencias preventivas sin la presencia o comparecencia del afectado por obvias razones prácticas, ya que efectivamente se le cita a la persona para que comparezca al trámite o procedimiento de dichas medidas, efectivamente puede darse el caso de que esta persona tome ciertas precauciones y medidas de hecho tendientes a imposibilitar la práctica de las medidas, es por ello que, entendemos que lo que señala el artículo 127 del Código Orgánico General de Proceso, es que no se debe contar con la presencia del afectado al momento de decidir sobre estas, pero sin embargo cabe señalar que el legislador pudo efectivamente haber optado por la tramitación o sustanciación prevista en el Código de procedimiento Civil, el cual nos señalaba en su artículo 902, lo siguiente:

⁶² Asamblea Nacional, 2015, Código Orgánico General de Proceso. p. 20

⁶³ Salcedo, E. (2005) Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III (C.E.P.) Guayaquil- Ecuador, pag. 30-31.

Art. 902.- “Presentada la demanda sobre secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes raíces, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, lo decretará provisionalmente; y en el mismo auto recibirá la causa a prueba, por el término común de tres días, expirado el cual dará la resolución correspondiente, sin otra sustanciación.

Si se trata de secuestro de bienes raíces, no se lo ordenará sino después de expirado el término probatorio, caso de que las pruebas den fundamento para ello.

La citación del auto de prueba se hará en la misma forma que en el juicio ejecutivo.

Ninguna de las partes podrá presentar más de cuatro testigos.”⁶⁴. Es así pues como se puede observar de la norma citada y conforme los respectivos apuntes de la clase de Derecho Procesal Civil del Doctor Olmedo Piedra Iglesias que la tramitación de las providencias preventivas en el Código de Procedimiento Civil tenía mucha más lógica, ya que efectivamente se contaba con la presencia del demandado, pero de manera inmediata se ordenaban provisionalmente las medidas precautelatorias, para así evitar que el demandado pueda eludir la práctica de estas, y así mismo se preveía incluso un término de prueba de tres días, luego del cual se dictaba la resolución. Además, cabe señalar que otro tipo de inconvenientes podría traer consigo la no presencia del demandado en ningún momento de la sustanciación de la solicitud de las medidas cautelares, como podría ser el hecho de que no existe un momento oportuno para que el demandado pueda rendir caución para interrumpir estas.

CONCLUSIONES:

Luego de haber realizado un análisis exhaustivo de las medidas cautelares desde el punto de vista teórico doctrinal y jurisprudencial, que una de las características esenciales de estas medidas es su instrumentalidad, la cual como se pudo apreciar a lo largo del presente artículo, viene a marcar de manera directa y trascendental su naturaleza e incluso su aplicación práctica, en el sentido de que siempre esta institución del derecho procesal va a buscar el procurar asegurar una resolución que se dicte en un proceso principal, y así consecuentemente toda la construcción doctrinaria, y jurisprudencial, que se realizó al respecto estuvo basada en dicha naturaleza instrumental.

A pesar de que el legislador ecuatoriano ha pretendido establecer en el Código Orgánico General de Proceso, una normativa adecuada, sistematizada y coherente acerca de las medidas cautelares, debemos señalar que éste, ha fallado en varios aspectos esenciales de esta institución, lo que ha provocado que varias normas han venido a generar mucha incertidumbre respecto a éstas, razón

⁶⁴ Congreso Nacional (2005b) Código de Procedimiento civil (C.E.P.) Quito. Pag. 189.

por la cual efectivamente surgió la motivación para la realización del presente artículo.

BIBLIOGRAFIA

- Asamblea Constituyente. (2015-2016). SUPLEMENTO REGISTRO OFICIAL N° 506. QUITO: EDITORA NACIONAL.
- Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos, pag. 20 (Ed. Legales). Quito
- Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos pag. 21 (Ed. Legales). Quito
- Balaguer, C. A. (2018). Providencias preventivas. Obtenido de <http://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias/3316-jura-del-dr-cesaraugusto-balaguer>
- Calamandrei, P. (2017). INTRODUCCION AL ESTUDIO SISTEMATICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES. Santiago de Chile. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Calamandrei, P. (1996). Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares, pag. 21 (El Foro). Buenos Aires.
- Chiovenda, G. (2005). INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL VOLUMEN I. ESPAÑA: Espasa Calpe, S.A. y Tagus Books, S.L
- Devis Echandía, H. (1964). Tratado de Derecho Procesal Civil, pag. 513 (Temis). Bogotá.
- Gallardo Miraval, J. (2005). Cautelay Contracautela en el Proceso Civil. Obtenido de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/gallardo_m_j/segun_da_parte.htm.
- Ossorio, M. (1981). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. BUENOS AIRES - ARGENTINA: HELIASTA S. R. L.
- Ibidem.
- Rocco, U. (1969). TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. BUENOS AIRES: Temis - Depalma.
- Rey Cantor, E., & Rey Anaya, A. M. (15 de 11 de 2010). DOCTRINA. Obtenido de <http://ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=62517&print=1>
- Villareal, R. (2010). Medidas Cautelares. Garantías constitucionales en el Ecuador pag.24 (Cevallos). Quito.