



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Las providencias preventivas en el COGEP, análisis y crítica en base a derecho
comparado”

Trabajo de Graduación previo a la obtención de título de:
Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Autor: Pablo Martín Quezada Palomeque.

Director: Dr. Olmedo Piedra Iglesias

Cuenca – Ecuador

2018

DEDICATORIA

A Dios que por su infinito amor me permite cumplir
este sueño.

A mi madre Eulalia, quien ha sido roca y pilar
fundamental en mi vida, ha sido mi apoyo y
motivación durante estos años, y gracias a su amor,
dulzura y paciencia conseguí fuerzas para continuar
con mis sueños y superar toda dificultad que se me
atravesase en el camino.

A mi Abuelo Telmo, por su apoyo y por ser como un
padre para mí.

Martín.

AGRADECIMIENTO

En Primer lugar debo agradecer a mi Señor Dios, por su bondad y paciencia, y por guiarme siempre de la mano aún en los momentos de mayor dificultad.

A mi madre, mi abuelo y mis amigos, que me apoyaron en el desarrollo del presente trabajo.

De manera muy especial quisiera agradecer a mi director de tesis, el Doctor Olmedo Piedra Iglesias, quién a más de ser un gran profesor y profesional del Derecho, ha llegado a convertirse en una guía y una motivación para continuar con el presente trabajo y con el estudio del Derecho en general.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, a la carrera de Derecho y a todos los profesores y personal que laboran en dicha prestigiosa institución, gracias por el conocimiento que han sabido impartir a sus estudiantes, los cuales llegaron a ser una verdadera enseñanza de vida.

Martín.

ÍNDICE

| | |
|---|-------------|
| DEDICATORIA | <i>ii</i> |
| AGRADECIMIENTO..... | <i>iii</i> |
| Resumen..... | <i>vii</i> |
| Abstract..... | <i>viii</i> |
| Introducción. | <i>1</i> |
| 1 CAPITULO I..... | <i>4</i> |
| De las Providencias Preventivas. Generalidades. | <i>4</i> |
| 1.1 Síntesis histórica..... | <i>4</i> |
| 1.2 Definición..... | <i>5</i> |
| 1.3 Naturaleza..... | <i>7</i> |
| 1.4 Características..... | <i>9</i> |
| 1.4.1 Instrumental..... | <i>10</i> |
| 1.4.2 Provisional..... | <i>11</i> |
| 1.4.3 Revocabilidad..... | <i>13</i> |
| 1.4.4 Operan a petición de parte..... | <i>15</i> |
| 1.4.5 Proporcionalidad. | <i>16</i> |
| 1.5 Requisitos de procedibilidad. | <i>17</i> |
| 1.5.1 Verosimilitud del derecho. | <i>17</i> |
| 1.5.2 Peligro en la demora..... | <i>18</i> |
| 1.5.3 Contracautela..... | <i>20</i> |
| 1.6 Finalidad de las providencias preventivas | <i>21</i> |
| 1.6.1 Finalidad Conservativa..... | <i>21</i> |
| 1.6.2 Finalidad anticipativa. | <i>23</i> |
| 2 CAPITULO II. | <i>25</i> |
| Legislación Nacional (Código Orgánico General de Procesos) Relativa a las Providencias Preventivas. | <i>25</i> |
| 2.1 El secuestro..... | <i>27</i> |
| 2.1.1 Finalidad..... | <i>27</i> |
| 2.1.2 Bienes sobre los que recae. | <i>28</i> |
| 2.1.3 Requisitos de Procedencia..... | <i>29</i> |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.1.4 | Relación secuestro – embargo..... | 31 |
| 2.2 | La retención..... | 33 |
| 2.2.1 | Finalidad..... | 35 |
| 2.2.2 | Bienes sobre los que recae. | 36 |
| 2.2.3 | Requisitos de procedencia..... | 37 |
| 2.3 | Prohibición de enajenar bienes inmuebles. | 39 |
| 2.3.1 | Finalidad..... | 41 |
| 2.3.2 | Bienes sobre los que recae. | 42 |
| 2.3.3 | Requisitos de procedencia..... | 42 |
| 2.3.4 | Prohibiciones de enajenar de pleno derecho. | 43 |
| 2.4 | Arraigo..... | 45 |
| 2.4.1 | Finalidad..... | 46 |
| 2.4.2 | Objeto sobre el que recae. | 48 |
| 2.4.3 | Requisitos de procedencia..... | 48 |
| 2.5 | Interrupción de las Providencias Preventivas. | 50 |
| 2.6 | Caducidad..... | 52 |
| 2.7 | Procedimiento..... | 54 |
| 3 | CAPITULO III..... | 58 |
| | Providencias Preventivas en otras legislaciones. | 58 |
| 3.1 | Uruguay..... | 58 |
| 3.2 | Colombia. | 65 |
| 3.3 | Chile. | 73 |
| 4 | CAPÍTULO IV..... | 84 |
| | Comentarios y Recomendaciones a las Providencias Preventivas en el Código Orgánico General de Procesos. | 84 |
| 4.1 | Independencia y Autonomía..... | 85 |
| 4.2 | Competencia y Oportunidad..... | 87 |
| 4.3 | Requisitos del Secuestro y de la Retención..... | 90 |
| 4.4 | Secuestro de inmuebles. | 92 |
| 4.5 | Retención..... | 95 |
| 4.6 | Prohibición de enajenar. | 96 |
| 4.7 | Arraigo..... | 98 |
| 4.8 | Procedimiento de las providencias preventivas..... | 100 |

| | | |
|------|---|-----|
| 4.9 | Interrupción providencias preventivas. | 103 |
| 4.10 | Caducidad de las providencias preventivas. | 106 |
| 5 | Conclusiones. | 110 |
| | Bibliografía. | 113 |

Resumen

El presente trabajo trata del estudio de las providencias preventivas, las cuales son una institución de trascendental importancia dentro del Derecho Procesal. En el desarrollo del presente trabajo se estudiarán aspectos relativos a las providencias preventivas desde el punto de vista doctrinario, para así llegar a tener una comprensión sobre la naturaleza de estas medidas; posteriormente, se analizará lo que el Código Orgánico General de Procesos dicta al respecto, de igual manera, y con la finalidad de consolidar un conocimiento sobre las providencias preventivas se analizará lo que al respecto establecen legislaciones afines a la ecuatoriana como lo son las legislaciones Uruguay, Chilena y Colombiana, para finalmente poder realizar las conclusiones y recomendaciones necesarias al texto de los artículos que conforman el título III del Libro II del COGEP.

Palabras clave: Autonomía e independencia, instrumentalidad, providencias preventivas, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The present work dealt with the study of preventive measures, which are an institution of transcendental importance within Procedural Law. This work studied aspects related to preventive measures from the doctrinal point of view to have an understanding of their nature. Additionally, it included an analysis of the views by the General Organic Code of Processes regarding this topic. Also, the provisions on preventive measures in the Uruguayan, Chilean and Colombian legislations were analyzed to consolidate knowledge. Finally, conclusions and recommendations were made to the articles that made up Title III of Book II of COGEP.

Keywords: Autonomy and independence, instrumentality, preventive measures, legal security.

Introducción.

El presente trabajo tiene por finalidad el realizar un análisis a profundidad de lo relativo a las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el cual, dicho sea de paso entró en vigencia el 22 de mayo de 2016 en nuestro País, y trajo consigo una gran reforma en lo que de administración de justicia se trata, ya que este nuevo cuerpo normativo vino a implementar principalmente la oralidad, trayendo consigo además un cambio radical en la tramitación de todos los procesos, cambios que afectan a todos los procesos que no sean penales, jurisdicción constitucional electoral y de jurisdicción indígena. En la presente investigación también se procederá, a más de realizar un análisis desde el punto de vista doctrinario, a realizar un contraste de la forma en la cual los autores y otras legislaciones afines a la nuestra en América Latina han concebido a las providencias preventivas y como las ha previsto nuestro legislador, para así poder realizar los comentarios, las críticas y apuntes pertinentes al trabajo del legislador ecuatoriano.

Las medidas cautelares, providencias preventivas, providencias precautelatorias, medidas preventivas, etc. Tienen un objetivo final, el cual es evitar que los deudores, es decir que los obligados, se burlen o eludan a la justicia, deshaciéndose de sus bienes para así de esa manera tratar de no responder por las obligaciones que tengan con otras personas, ya sea que estas surgieren de una relación jurídica o de un litigio judicial, para la lo cual en el libro II (De la Actividad Procesal), Título III (Providencias Preventivas) del COGEP, es decir, desde el artículo 124, encontramos la regulación relativa a estas, el cual nos dice:

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 solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

Las providencias preventivas tienen varias características, las cuales serán analizadas en el presente trabajo investigativo, pero de la norma citada podemos ver una característica esencial y que determina la naturaleza misma ellas, la cual es que operan a solicitud de parte, y como expresamente indica el artículo 124 estas pueden ser solicitadas antes de presentar su demanda o también dentro de un proceso, por lo que vemos que como se había señalado anteriormente las medidas cautelares o providencias preventivas efectivamente buscarán el garantizar que el deudor cumpla con su obligación jurídica, sea que esta esté contenida en un resultado jurisdiccional, como puede estar contenida en un instrumento que haya surgido por el acuerdo de voluntades, independientemente de que la obligación esté vencida o no.

En el presente trabajo se procederá a realizar un estudio de las providencias preventivas desde 3 fases o perspectivas, la primera desde un punto de vista meramente doctrinario, para así llegar a tener una comprensión plena de estas, en lo relativo a su fundamento, alcance, naturaleza, finalidades y demás; para así luego con el conocimiento obtenido poder realizar un análisis comparativo y crítico de la manera en como están recogidas las medidas cautelares en el COGEP, este análisis se lo realizará tanto desde el punto de vista doctrinario como a la luz de otras legislaciones a fines a la nuestra, y para finalizar se realizará un comentario y crítica a la forma como están plasmadas las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos.

El realizar un trabajo investigativo sobre las providencias preventivas recogidas en el COGEP, es imperantemente necesario, ya que esta es una institución que por su naturaleza misma busca brindar seguridad jurídica a las personas, por lo que para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en sociedad, se requiere que esta

institución esté tanto gramaticalmente como teleológicamente bien establecida, definida y delimitada, para así, al momento de plasmarla en la práctica cumpla efectivamente y de la mejor manera posible con su finalidad y con su naturaleza, ya que de no hacerlo, se estaría generando a mas de inseguridad jurídica en las personas, una inseguridad en la celebración y en el desenvolvimiento propio de los de negocios jurídicos en la actualidad.

1 CAPITULO I.

De las Providencias Preventivas. Generalidades.

1.1 Síntesis histórica.

Para iniciar un análisis en lo relativo a las providencias preventivas, parece adecuado y pertinente en primer lugar realizar una breve reseña histórica de como fueron concebidas y establecidas estas en la antigüedad, y más específicamente en el derecho romano.

En el derecho romano las medidas cautelares distaban mucho de su forma actual, es decir, estas tenían una concepción totalmente diferente, sin embargo dentro de toda esta distinción existían ciertas instituciones que guardaban una similitud con las medidas precautelatorias actuales, sobre todo por el fin que perseguían. Dichas instituciones a las que nos referimos son la *manus iniectio* y la *pignoris capionem*.

Estas medidas fueron las acciones previstas por la ley romana, y eran aquellas que hacían referencia a la manera de hacer efectiva una sentencia.

La *manus iniectio* era una acción tendiente a asegurar el cumplimiento de una sentencia, mediante ella “El actor tenía que solicitar del magistrado *In Iure* la entrega del deudor, para llevárselo a su casa preso, si es que no presentaba un fiador, un *vindex*, y lo podía tener 60 días” (Escobar, 2014, p. 271). Como se puede apreciar esta acción efectivamente tendía a asegurar el cumplimiento de una resolución, ya que para que proceda esta, debía existir como un antecedente necesario una sentencia, y pasados treinta días de pronunciada esta podía solicitar la *manus iniectio*. Así mismo vemos que quien se veía afectado de la *manus iniectio*, se lo denominaba *confessus*, y este al ser derrotado en un proceso, y posteriormente a la solicitud de vencedor en este, se veía sujeto a todo el trámite o procedimiento que implicaba la *manus iniectio*, así de esta manera “El condenado no podía rechazar la *manus iniectio*, pero podía presentar un

vindex que cuestionara lo realizado por el ganador, exponiéndose probablemente, en caso de derrota, a ser condenado al doble de la suma debida por el condenado” (Volterra, 1986, p. 229).

En lo relativo a la *per pignoris capionem*, ésta en cambio, y a diferencia de la anterior acción que recaía sobre la persona del obligado, consistía en que el solicitante retenía los bienes del obligado. Así de esta manera y según lo señala Eduardo Volterra “La *per pignoris capionem*, cuyas formalidades no conocemos se presentaba como una ejecución sobre los bienes del deudor, sin necesidad de sentencia judicial” (Volterra, 1986, p. 229).

Como se puede observar de lo establecido en la reseña histórica de las providencias preventivas, estas guardan de cierta manera una relación en cuanto a su objetivo con las actuales medidas cautelares, ya que en si ambas buscaban el asegurar el cumplimiento de una resolución judicial, y así mismo procedían en base a una solicitud presentada por la parte actora, pero por sobre todo se puede observar que estas en cuanto a su procedimiento y en la forma que se llevan a cabo son totalmente distintas a la regulación que los ordenamientos jurídicos y en específico el ecuatoriano le da a las medidas precautelatorias.

1.2 Definición.

Las providencias Preventivas, tal como han sido denominadas en nuestro Código Orgánico General de Procesos (COGEP), tienen varias denominaciones o nombres, los cuales responden a múltiples acepciones, que de una u otra manera antojadamente, han sido adoptadas por los distintos tratadistas y por las distintas legislaciones alrededor del mundo, sin que esto sea de mayor relevancia o importa un gran significado para la naturaleza o el fondo mismo de esta institución. Así, podemos observar que a estas se las han denominado: medidas provisionales, medidas de

conservación, medidas de seguridad, medidas precautelarias, medidas de cautela, etc. “no obstante debemos reconocer, que la denominación que se dé no estructura la esencia de la cosa o de la institución, sino que, por el contrario, ésta debe imprimir el nombre en virtud de la finalidad.” (Villareal, 2010, p. 24). Así por lo antes señalado podemos concluir, que si bien existen varias denominaciones que se han atribuido a las providencias preventivas, esta institución no está estructurada en su fondo por el nombre o por la acepción que en uno u otro sistema jurídico se lo pretenda otorgar, sino mas bien por la finalidad que persigue ésta.

Como se señaló anteriormente las providencias preventivas están marcadas por la finalidad que persiguen, y así como su propio nombre lo señala van a precautelar bienes o demás activos, para que estos permanezcan en el patrimonio del obligado, aun cuando se trate de una obligación no vencida o también de la contraparte en el transcurso de un litigio judicial, en definitiva procurar asegurar el cumplir con un obligación, conservando los bienes del obligado en su patrimonio.

Y así podemos encontrar varias definiciones de providencias preventivas, y en todas ellas podemos ver que la esencia de estas está marcada por la finalidad que persiguen y por su naturaleza propia,

Para Calamandrei las medidas cautelares, están así mismo íntimamente ligadas a la inevitable lentitud que existen en los procesos:

“Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente” (Calamandrei, 1984, p. 43).

En los que a nosotros comprende las providencias preventivas son instrumentos previstos por la norma procesal pertinente, destinados a garantizar los derechos que nacen de una relación jurídica, así como también para garantizar el resultado de un litigio judicial.

Sin embargo se hace necesario el mencionar a Eduardo y Jeannette García, quienes efectivamente se refieren acerca de la denominación que se les da a las providencias preventivas, y en este caso a como ellos se refieren, a las medidas cautelares, para así de esta manera comprender plenamente el trasfondo mismo que trae consigo la denominación que se le otorga a esta institución del derecho procesal.

“La naturaleza de las precauciones de 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 periculum in mora que corre el derecho o la situación, así sea ahora un fumus bonis iuris o solo verosímil o únicamente presumible.”
(García y Garcia, 2005, p. 10)

1.3 Naturaleza.

La naturaleza de las providencias preventivas está marcada por su instrumentalidad, es decir, por aquello que se señaló anteriormente, en el sentido de que las medidas cautelares en si mismas van a buscar el garantizar 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 Devis 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” (Devis Echandía, 1964, p. 513).

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 Calamendrei 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” (Calamendrei, 1996, p. 21).

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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

De lo señalado podemos verificar que efectivamente las providencias preventivas, incluso 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 es así mismo el hecho de no entablarse en un tiempo determinado un proceso al cual tienda a asegurar su resolución, tal como señala el artículo 133 del Código Orgánico General del Procesos.

Artículo 133.- “Las providencias preventivas, si no se propone la demanda en lo principal, 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.” (Asamblea Nacional, 2015, p.21)

Así podemos señalar que las providencias preventivas efectivamente tienen una naturaleza instrumental, entendiendo como la instrumentalidad el hecho de que la razón misma de su existencia consiste en el hecho de 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.” (Villareal, 2010, p. 24)

1.4 Características.

Previo a establecer cuáles son las características principales de las providencias preventivas o de las medidas cautelares se hace necesario establecer que en este punto nos referiremos exclusivamente a las peculiaridades, es decir, a las particularidades intrínsecas de estas, mas no haremos un estudio de los presupuestos necesarios para que estas efectivamente procedan y sean válidas, y así de esta manera podemos indicar que la primera característica de las providencias preventivas es:

1.4.1 Instrumental.

Como ya se había señalado anteriormente, en el punto relativo a la naturaleza de las providencias preventivas, estas con 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 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.” (Salcedo, 2005, p. 22)

De igual manera Chiovenda 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” (Chiovenda, 1954, p. 282).

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” (Salcedo, 2005, pág. 23).

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, sin embargo debo señalar que sobre este tema de la caducidad de tratará más a fondo en los siguientes capítulos.

1.4.2 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 los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento” (Villareal, 2010, p. 46).

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” (Salcedo, 2005, p. 24-25).

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 Calamendrei 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.” (Calamendrei, 1996, p. 36)

1.4.3 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 la declaración definitiva” (Chiovenda, 1954, p. 318).

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.” (Chiovenda, 1954, p. 318)

Así como podemos observar del texto citado, 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*”.(Villareal, 2010, p. 25). 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.” (Calamendrei, 1996, p. 56).

Las providencias preventivas, mientras perdure el juicio principal al cual se hallan subordinadas, pondrán ser objeto o estar sujetas a modificaciones posteriores, de ahí su carácter revocable y modificable.

1.4.4 Operan a petición de parte.

Las 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”(Salcedo, 2005, p. 30-31)

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 Procesos, 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 COGEP, este derecho y este principio se ve directamente afectado ya que no prevé la comparecencia de la parte en contra de quien van a ser ordenadas la providencias preventivas, cuestión que será analizada profundamente posteriormente en el momento oportuno.

1.4.5 Proporcionalidad.

La proporcionalidad a más de ser 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 la apariencia de buen derecho que ostente el solicitante, estos dos factores deben necesariamente concurrir al momento de pretender constituir una medida cautelar, para así a partir de estos 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” (Escobar, 2014, p. 272). Así como se desprende del texto citado, 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, cuestión esta última que será analizada más a profundidad en capítulos siguiente en lo relativo al régimen ecuatoriano.

1.5 Requisitos de procedibilidad.

Para la que el juzgador dicte una providencia preventiva, es necesario que exista un justificado temor por parte del solicitante de sufrir un daño jurídico, es decir, que debe existir la inminencia de un posible daño a un derecho o un posible derecho que ostenta el solicitante. En el COGEP, a lo largo de las disposiciones relativas a las providencias preventivas podemos verificar, aunque sea tácitamente, la existencia de algunos de los presupuestos de procedibilidad que a continuación se enunciarán, así podemos concretar entre estos requisitos de procedibilidad los siguientes:

1.5.1 Verosimilitud del derecho.

Cuando hablamos de verosimilitud del derecho hacemos referencia de cierta manera al conocido aforismo *fumus boni iuris*, es decir a la forma de buen derecho mediante el cual se solicita y se pretende constituir una medida cautelar, y así, de esta manera para la constitución de estas medidas no necesariamente debe existir un derecho tal cual sino basta con que exista una pretensión de un derecho, la cual será resuelta en el proceso principal, de esta manera debemos entender que como presupuesto en palabras de Angelina Ferreyra y de Manuel Rodríguez “No se requiere para la procedencia de una pretensión cautelar un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo una verosimilitud del derecho a proteger, en el sentido de probabilidad de su existencia” (Ferreyra y Rodriguez, 2009, p. 176).

El antecedente que se requiere para la constitución de una medida cautelar no es necesariamente un derecho totalmente constituido, ya que como se señaló

anteriormente basta con que exista un fundamento de una pretensión , es decir, que exista un derecho aparente cuya resolución está pendiente, todo esto viene dado de la necesidad y de la premura que implica la imposición de la medida, es decir, “la urgencia no permite sino un examen completamente superficial (sumariamente cognitivo)” (Chiovenda, 1954, p. 319). Al juzgador le corresponderá en base a los antecedentes de hecho resolver sobre si efectivamente se ordena o no una medida cautelar.

En lo relativo a la prueba de la verosimilitud del derecho no es necesario que esta sea exhaustiva pues puede darse, como ya se señaló, que como antecedente a solicitud de la medida cautelar no exista un derecho con certeza de su existencia si no únicamente un derecho aparente, y así, en este último caso “Bastará, para ello que se lo acredite sumariamente y en la forma que la ley procesal determina” (Ferreira y Rodriguez, 2009, p. 176).

La verosimilitud o la apariencia de buen derecho; ya sea del derecho plenamente constituido o del derecho aparente; se lo considerará analizando los antecedentes de hecho y los elementos probatorios que sean aportados por la parte solicitante.

1.5.2 Peligro en la demora.

El peligro en la demora también es un presupuesto constitutivo de las medidas cautelares, así, al momento de que exista una solicitud para que se dicten providencias preventivas “el juez debe examinar: si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, cuál sea la mejor manera de proveer” (Chiovenda, 1954, p. 319).

El hecho de que el derecho o la pretensión de éste sean verosímiles no es suficiente por si solo para que el juez dicte u ordene la providencia preventiva solicitada, ya que es necesario que quien solicita ésta, en base a los antecedentes y prueba que adjunte, justifique que existe un peligro en la demora.

En este sentido coincidimos con la opinión de Roberto Villareal que al pronunciarse sobre la existencia misma de las providencias preventivas nos dice que “la razón de ser de las mismas, radica en la inevitable tardanza de los procedimientos judiciales, que tiene como consecuencia el riesgo, de que la composición del conflicto resulte tardía” (Villareal, 2010, p. 24).

Este presupuesto, así como también la verosimilitud del derecho está previsto en el COGEP, el cual el los artículos 125, 126, 129 y 131, que nos hablan que efectivamente el solicitante debe justificar la existencia del crédito, a lo cual nosotros añadimos que se puede justificar también un derecho aparente, y también debe justificar el peligro en la demora, esto último en el sentido de que de no dictarse las medidas pertinentes los bienes podrían deteriorarse, enajenarse, desaparecer, etc. Debo señalar que en lo relativo al análisis normativo ahondaremos más adelante.

En definitiva señalamos en lo relativo a la prueba del peligro en la demora que con relación a este presupuesto, que al igual que con la verosimilitud del derecho no debe exigirse, a los fines del otorgamiento de la cautelar solicitada, una prueba plena y concluyente sobre la existencia del peligro en la demora, si no que como ya se mencionó anteriormente le corresponderá al juzgador analizar, en base a los antecedentes, la procedencia o no de la medida.

1.5.3 Contracautela.

Otro presupuesto necesario para la procedencia de las medidas cautelares es el hecho de que exista una contracautela, ya que como se analizó en el punto relativo a las características de las providencias preventivas, estas proceden a petición de parte y que como ya se mencionó por la premura de constituir éstas, muchas veces se ordenan o se dictan sin siquiera contar con la presencia de la parte contra quien se pretende imponer, así mismo se analizó el dilema que implica esta situación frente al derecho a la defensa y el debido proceso. Pues bien, partiendo de ello vemos que varios autores, y entre ellos Angelina Ferreyra y Manuel Rodríguez han considerado que:

“Además de los ya aludidos requisitos de verosimilitud del derecho y la acreditación del peligro en la demora, el otorgamiento por parte de quien solicita la medida, de una adecuada contracautela, que según el caso, sea adecuada para responder por las costas y los daños ocasionados si resultare que el derecho que se pretende asegurar no existe” (Ferreyra y Rodríguez, 2009, p. 178).

Así como se señala, se ha llegado a concluir que el hecho de que la parte solicitante rinda una especie de garantía, es un presupuesto de las medidas cautelares, presupuesto que como ya se señaló debe ser cubierto por el solicitante, todo esto a fin de asegurar de cierta manera la posible afectación que pueda generar el hecho de que se dicten unas providencias preventivas en contra de una persona, sobre todo cuando el derecho o el derecho presunto que sirvió de sustento para ordenas estar no existe o no llegó a existir.

“Cierta doctrina entiende que más que un presupuesto de fundabilidad de las medidas cautelares, la contracautela constituye un requisito para la traba efectiva de estas” (Ferreyra y Rodríguez, 2009, p. 178). Cuestión esta última con lo que

personalmente estoy de acuerdo, ya que el hecho de que no se rinda oportunamente una caución por ordenarse una providencia efectiva, no afecta el cumplimiento de su finalidad, es decir, que la efectividad misma y la razón de ser de las providencia preventiva no está marcada directamente por si existe o no una contracautela.

Se debe precisar que el monto al cual ascienda esta contracautela no está determinada de ninguna manera por el resultado o el monto del proceso principal, sino más bien por los perjuicios que eventualmente se podrían ocasionar a la persona contra quien se ordenan las medidas cautelares por el hecho de haber sido impuestas estas.

1.6 Finalidad de las providencias preventivas

Una vez realizado ya el análisis de la naturaleza, de las características y demás aspectos esenciales de las medidas cautelares, y que de cierta manera con el análisis de estos podemos ya formarnos una idea clara y concisa en lo relativo al alcance y razón de ser de las providencias precautelariás, nos corresponde en este punto analizar lo relativo a la finalidad de esta institución del derecho procesal.

Para poder comprender de mejor manera el objeto que persigue la constitución de la institución en estudio, debemos señalar que estas pueden cumplir con dos finalidades o dos fines, una de ellas es un finalidad conservativo, y la otra finalidad podríamos considerarla anticipativa.

1.6.1 Finalidad Conservativa.

Al referirnos a las providencias preventivas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, (COGEP), podemos señalar sin lugar a dudas que estamos ante

una institución del derecho procesal que procura tutelar el resultado de un proceso principal, conforme su naturaleza y característica de instrumentalidad, la cual fue analizada anteriormente, es decir que estamos ante una institución que sirve para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma” (Calamendrei, 1996, p. 56). En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y más específicamente en el COGEP, podemos señalar que las providencias precautelatorias, las cuales se hallan establecidas en el libro II en lo relativo a la actividad procesal, y dentro de este en el título III; buscan asegurar los bienes, activos o la presencia mismo del obligado (Arraigo artículo 131 COGEP), todo esto con miras a la resolución que se dicte en el proceso principal, y de la cual evidentemente puede surgir una obligación a favor del solicitante de las providencias preventivas.

Las providencias preventivas en lo referente a la finalidad conservativa que tienen podemos decir que “Son medidas cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho y/o de derecho que se ve amagada por un preciso *periculum* que cada medida regula en concreto”(Marín, 2006, p. 17). Respecto de lo que señala Juan Carlos Marín en la anterior cita podemos abstraerla a la situación jurídica ecuatoriana, en la cual, mediante el COGEP se prevé, distintas providencias preventivas, las cuales son: secuestro, retención, prohibición de enajenar y el arraigo, cada una de ellas con características propias y en principio destinadas a proteger y mantener una específica situación de hecho o de derecho.

Como ya se señaló anteriormente, es indiscutible que cada una de las providencias preventivas que están plasmadas en el COGEP, tienen un fin específico conservativo, y en base a cada una de estas, así como también a su objeto y finalidad es que se va realizando toda una construcción doctrinaria y práctica tendiente a optimizar la tutela cautelar.

1.6.2 Finalidad anticipativa.

Previo a analizar esta finalidad de las providencias preventivas, se debe puntualizar que todo el análisis realizado hasta ahora en el presente trabajo se basa en construcciones y aportes doctrinarios, pero siempre tratando de adecuar la perspectiva de los distintos autores a la realidad ecuatoriana, así puntualizando aquello debemos señalar que efectivamente que:

“El legislador, cuando regula una medida cautelar o el Juez cuando la ordena apoyándose en una autorización genérica, deben intentar siempre obtener, para el caso concreto, este difícil equilibrio, adelantar, de un lado, el mayor número posible de actuaciones ejecutivas (para asegurar su eficacia), y poner extremo cuidado de otro, que en tales medidas no se produzcan perjuicios irreparables que causarían la ejecución de la sentencia” (Marín, 2006, p. 18)

Evidentemente del texto citado se puede verificar que si bien las providencias preventivas cuentan con una finalidad conservativa y anticipativa, la solicitud y posterior constitución de estas no puede tener fines más allá de los meramente asegurativos. Es por esta razón que en doctrina y también en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se prevé la posibilidad de que, en ciertos casos, solicitada y ordenada una providencia preventiva, el actor tenga que cubrir los perjuicios ocasionados a la persona en contra de quien se ordenó esta, así en este sentido el propio Chiovenda nos dice:

“La acción aseguradora es, pues, en si misma, una acción provisional, y esto comporta que se ejercite, por regla general, a cuenta y riesgo del actor, es decir, que éste, en caso de revocación o desistimiento, sea responsable de los daños causados por la misma resolución, tenga o no la culpa.” (Chiovenda, 1954, p. 318)

Así de igual manera nuestro ordenamiento jurídico prevé dicha posibilidad de que el acto tenga que cubrir con los daños ocasionados a la contra parte, cuestión que se desprende del artículo 133 del COGEP, el cual efectivamente prevé esta consecuencia para el actor.

Como conclusión del presente capítulo debemos señalar la importancia que tiene el desarrollo doctrinario dentro del derecho procesal y sobre todo dentro de la concepción, desarrollo y aplicación de las providencias preventivas, ya que el legislador o cualquier persona que pretenda tener una comprensión plena de éstas, deberá tener en cuenta cada uno de los aspectos que han sido objeto de estudio en este capítulo, es decir, que para formar una clara idea de la naturaleza misma de esta institución procesal se debe considerar desde sus características, hasta sus presupuestos y su finalidad, para así, una vez que se tenga una comprensión clara lo que en si mismo significa una providencia preventivas poder desarrollar una acertada idea y regulación respecto de éstas.

2 CAPITULO II.

Legislación Nacional (Código Orgánico General de Procesos) Relativa a las Providencias Preventivas.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), entró en vigencia el 22 de mayo del 2016, en medio de una gran incertidumbre por la reforma que, en lo relativo a la administración de justicia, este nuevo cuerpo normativo impondría, ya que evidentemente con el cambio hacia el sistema de la oralidad que implica este cuerpo normativo y muchas otras cuestiones, era lógico que la forma de proceder dentro del ámbito jurídico/procesal iba a cambiar drásticamente, para lo cual y previendo esto la propia Corte Nacional de Justicia se había pronunciado al respecto, y resaltando la importancia de un cuerpo normativo en el que impere la oralidad y el principio de inmediación, y señalando que este debía efectivamente cuidar que se dé un debido proceso, “solo mediante la observancia del debido proceso puede otorgarse tutela efectiva y garantizarse la seguridad jurídica como fines de la sociedad contemporánea” (Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 4). De esta manera dentro de este ambiente de duda se promulgó el COGEP, el cual vino a cambiar la forma de concebir varias instituciones del derecho procesal, es decir, que la expedición de esta nueva norma tuvo y tiene una gran importancia en la vida jurídica ecuatoriana, pero lastimosamente por el poco tiempo de vigencia del COGEP, no se han llegado a acoplar y a tener una verdadera armonía las disposiciones contenidas en este cuerpo de leyes con lo que efectivamente sucede en la realidad, muchas veces por la deficiencia de efectos prácticos y lógicos de dichas disposiciones, otras por negligencia de los administradores de justicia, pero de una u otra forma es imperativo analizar el trabajo del legislador plasmado en el COGEP, y más específicamente en este trabajo y en este capítulo, la labor legislativa en lo relativo a la manera en como esta concebidas, plasmadas y reguladas las providencias preventivas.

Cabe señalar que el ámbito de aplicación Código Orgánico General de Procesos, según lo señala su artículo 1 será el siguiente:

Artículo 1.- “Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 5)

De lo que señala el artículo antes mencionado, en el sentido de que las disposiciones de este cuerpo de leyes regirán los procedimientos en materias no sean penales o de constitucionalidad electoral, debemos añadir que tampoco regirán para los procedimientos que se sustancien dentro del marco de la justicia indígena. Pues bien, una vez demarcado el ámbito de aplicación de estas disposiciones, podemos apreciar que efectivamente este es sumamente extenso, y así por consiguiente esto viene a remarcar en la importancia que irradia el COGEP, y así mismo se puede apreciar la importancia de analizar las instituciones reconocidas en este, por sobre todo en este trabajo lo relativo a las providencias preventivas.

Las providencias preventivas se encuentran establecidas en el libro segundo del COGEP, dicho libro hace referencia a la actividad procesal, y dentro de este se van a encontrar disposiciones relativas a: la forma en como se deben realizar las notificaciones; el cómputo de los términos; las reglas generales de las audiencias; lo relativo a las diligencias preparatorias, de más cuestiones relativas al desenvolvimiento propio de proceso, pues bien, dentro de este libro segundo, en el título tercero están plasmadas las providencias preventivas, y ya en concreto las providencias preventivas como se las había definido antes son mecanismos que prevé la norma procesal tendientes a asegurar el cumplimiento de la resolución judicial que se dicte dentro del proceso principal y del cual la medida cautelar es accesorio.

Las providencias preventivas previstas en el Código Orgánico General de Procesos 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

anteriormente señalado cuerpo legal, por lo que a más de analizar dichas disposiciones se analizarán otras contenidas en otros cuerpos normativos y así mismo algunos criterios doctrinarios, todo esto con el fin de comprender de manera plena cada una de las medidas cautelares.

2.1 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 restituir” (Ferreira y Rodríguez, 2009, p. 198).

2.1.1 Finalidad.

El 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 COGEP. 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.” (Chiovenda, 1954, p. 319). Del texto citado 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.

2.1.2 Bienes sobre los que recae.

Como ya se señaló anteriormente, 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, recalando que si bien esta medida recaerá sobre ambos tipos de bienes la regla general será de 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” (Ferreyra y Rodriguez, 2009, p. 198). De lo señalado por Manuel Rodriguez y Angelina Ferreyra, 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 COGEP.

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 (relativo a los bienes muebles) y por sobre todo del artículo 129 del COGEP, 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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 21)

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 secuestro.

Art. 2160.- “El secuestro de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”. (Congreso Nacional, 2005^a, p. 622)

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.

2.1.3 Requisitos de Procedencia.

En el artículo 125 del COGEP, 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 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, instrumental en el sentido de que son instrumentos de procesos de declaración y de ejecución, cuya efectividad hacen posible.

Entonces en base a lo señalado anteriormente 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 COGEP, 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, pero en definitiva, esta cuestión será analizada más a fondo en capítulos posteriores.

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” (Blanco, 2014, p. 285).

2.1.4 Relación secuestro – embargo.

Para analizar la relación existente entre secuestro y embargo en principio recurriremos a lo explicado por Hernando Devis Echandía, el cual en su obra denominada “Compendio De Derecho Procesal, Tomo III”, en el cual efectivamente nos da una definición de embargo y de secuestro, definiendo así al embargo como : “Embargo es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa y a órdenes de la autoridad que lo ha decretado”(Devis Echandía, 1998, p. 347); así mismo previo a entrar a desarrollar la relación que es materia de estudio, nos referimos nuevamente a Echandía, el cual define al secuestro como: “Secuestro es la entrega que de una cosa o un bien mueble o de un conjunto de bienes se hace a una persona para

que los tenga en su poder en depósito o los administre según su naturaleza y utilización.” (Devis Echandía, 1998, p. 348)

Así pues, una vez establecida la definición doctrinaria de cada una de estas figuras jurídicas y pudiendo advertir dentro de cada definición la naturaleza y las características propias de estas, debemos puntualizar que en el embargo, quien solicite este, es decir, el embargante “tiene sólo un derecho personal: el de hacer rematar la cosa por el juez a cuya disposición se encuentra el bien embargado para pagarse del precio que se obtenga de ese remate, derecho que emana estrictamente de la eventual sentencia pronunciada en el proceso en el que se ha ordenado el embargo” (Cornejo, 2016).

Es así que de la normativa establecida en el Código Orgánico General de procesos se desprende que a pesar de que exista una orden de secuestro sobre un determinado bien, esto no impide que dicho bien pueda ser embargado, ya que efectivamente ambas medidas, el secuestro y el embargo son medidas completamente distintas y autónomas, es así que el depositario de las cosas sobre las cuales haya recaído dicha medida cautelar y sobre las cuales luego se hubiese ordenado el embargo deberá entregarlas al depositario designado por el Juez que ordenó el embargo, o en su defecto podría también conservarlas en su poder, siempre que el juzgador que ordenó el embargo así lo determinare. Pero cabe establecer ¿Qué sucedería en el caso en que ya practicado el embargo sobre los bienes en lo cuales con anterioridad se ordenó el secuestro, dicho embargo fuese cancelado? Pues bien, según lo que nos señala el Ab. José Sebastián Cornejo en su artículo El embargo en el COGEP, “en la providencia de cancelación del embargo se oficiará al juzgador que ordenó el secuestro, el cual seguirá vigente hasta que sea cancelada por el mismo juzgador que la dictó” (Cornejo, 2016).

Es así pues, como queda manifestada la relación que existe entre el secuestro y el embargo en los casos en que sobre un mismo bien se hubiesen decretado ambas medidas simultáneamente, y se deja de manifiesto la diferencia que existe entre estas dos figuras y la autonomía que tiene una respecto de la otra.

Sobre este punto, es decir, dentro de la relación entre el secuestro y el embargo se vuelve necesario el mencionar la posibilidad que prevé el Código Orgánico General

de Procesos para que cumplida una causal, que sería que exista un temor fundamento de que se deteriore el bien, se pueda ordenar el secuestro de un bien inmueble, así pues como es evidente y como nos señala el propio artículo 129 del COGEP, el secuestro de bienes inmuebles se practicará mediante la inscripción de este en el registro de la propiedad, de igual manera el embargo de bienes inmuebles por su naturaleza se practicará mediante el correspondiente registro. En lo demás solo queda reiterar lo anteriormente mencionado, en el sentido de que ambas medidas son autónomas e independientes y que por consiguiente se puede ordenar el embargo de un bien inmueble sobre el cual previamente ya se ha ordenado el secuestro, todo esto con la respectiva inscripción. Y así mismo si es que se cancela el embargo que ha sido ordenado aún subsistirá el secuestro que previamente se impuso.

2.2 La retención.

La retención es otra de las providencias preventivas previstas en el Código Orgánico General de Procesos, 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 de 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 Procesos, 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 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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 21)

2.2.1 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 COGEP, 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.

2.2.2 Bienes sobre los que recae.

La retención como providencia preventiva dentro del COGEP, 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 COGEP 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 COGEP 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 COGEP viene dado por el hecho de que innecesariamente y sin razón alguna en el COGEP se desarrolló conjuntamente el secuestro y la retención

2.2.3 Requisitos de procedencia.

Los requisitos para la procedencia de la retención están recogidos dentro del artículo 125 del COGEP 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 COGEP, 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 COGEP, 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 precautelatoria 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 redundaría 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 COGEP, 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 COGEP, 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 Procesos la ha concebido, es necesario hacer una breve mención al error en el que incurre el legislador al prever que esta providencia precautelatoria 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.

2.3 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 COGEP, 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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

Cuando nos referimos a la prohibición de enajenar según lo previsto en la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico General de Procesos, 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 COGEP, 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 COGEP. 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 COGEP, 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 impedidos de poder ser enajenados o gravados.

2.3.1 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, e 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 COGEP 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 COGEP 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.

2.3.2 Bienes sobre los que recae.

Como ya se mencionó anteriormente, 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 COGEP, 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.

2.3.3 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 COGEEP,

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.

2.3.4 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 COGEP, 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.” (Congreso Nacional, 2005^a, p. 102)

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.” (Congreso Nacional, 2005^a, p. 134)

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.” (Congreso Nacional, 2005^a, p. 157)

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 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 sí 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.

2.4 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 Procesos 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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 21)

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” (Arellano, 1987, p. 115).

Desde el la redacción del artículo 131 del COGEP, 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 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.

2.4.1 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 peligren 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.” (Asamblea Constituyente, 2008, p. 30)

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 COGEP para imponer dicha restricción es necesario 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 COGEP necesariamente debe ser extranjero, no salga del País con el objetivo de incumplir dicha obligación.

2.4.2 Objeto sobre el que recae.

Pues bien, como ya se mencionó anteriormente el arraigo es una providencia preventiva prevista en el COGEP 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 de 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 COGEP, 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.

2.4.3 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 Procesos, 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 Procesos 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 Procesos 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. Pero al respecto se profundizará más oportunamente, cuando tratemos el capítulo cuarto del presente trabajo, el cual corresponde al análisis y crítica del Código Orgánico General de Procesos.

2.5 Interrupción de las Providencias Preventivas.

En primer lugar debemos señalar cual es la finalidad que persigue esta posibilidad por parte del demandado de interrumpir la providencia preventiva mediante el aseguramiento con una caución, la cual es “asegurar la indemnización de daños y perjuicios que sería procedente si, en su momento no pudiera realizarse una ejecución de forma específica” (Ortells, 2000, p. 106). En el artículo 128 del Código Orgánico General de Procesos, se encuentra plasmada la interrupción para las providencias

preventivas previstas dentro del título tercero del libro segundo del COGEP, dicho artículo nos señala lo siguiente:

Artículo 128.- “La o el deudor podrá interrumpir las providencias preventivas previstas en los artículos precedentes, asegurando con caución suficiente” (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

Pues bien, en primer lugar debemos dejar en claro la posibilidad que se otorga al demandado para poder interrumpir la providencia preventiva de que se trate, dicha posibilidad, consideramos, viene dada por la premura con la que se interpuso la medida, ya que el juzgador para imponer u ordenar una medida cautelar no va a realizar un examen a profundidad y exhaustivo del derecho existente o aparente del recurrente, sino que más bien bastará con un análisis rápido de los antecedentes de hecho invocados por la parte solicitante y así en base a dicho análisis resolver imponer o no la medida cautelar de que se trate. Así pues de la misma forma le correspondería a la parte afectada el derecho de poder suspender la ejecución de la providencia preventiva asegurando con caución suficiente, la cual, del texto del artículo 128 se puede apreciar que estará a discrecionalidad del Juzgador el determinar la suficiencia de la caución, lo cual efectivamente conforme los apuntes de la clase de Derecho Procesal Civil del Doctor Olmedo Piedra Iglesias va a traer mucha incertidumbre en el monto que se determine como caución, ya que no existe un parámetro objetivo para determinar dicho monto, a diferencia de lo que ocurría anteriormente en los juicios ejecutivos, cuando se establecía un modo objetivo para poder determinar la caución en los casos de las providencias preventivas dictadas para asegurar créditos, el cual era el valor total de la obligación, con interés y costas más el diez por ciento, lo cual se encontraba establecido en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil , el que efectivamente nos señalaba:

Artículo. 425.- “El ejecutado podrá hacer cesar la prohibición de enajenar, la retención o el secuestro, consignando en dinero la cantidad suficiente para

cubrir la deuda, con más un 10%. El depósito de esta cantidad se hará con arreglo al Art. 196 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.” (Congreso Nacional, 2005b, p. 99)

La posibilidad prevista en el artículo citado, era utilizada análogamente como una práctica común en otros procedimientos distintos al ejecutivo, pero ésta manera de determinar objetivamente la caución ya no se ha previsto actualmente con el COGEP ni para los procedimientos ejecutivos ni para ningún otro, por lo que como podemos advertir se deja a discrecionalidad del Juzgador el determinar la caución tanto para las providencias preventivas que persigan asegurar un crédito tanto como para las que buscan asegurar la cosa sobre la cual se va a litigar, situación esta última en la que si efectivamente podría determinarse la caución a través de únicamente la discreción del juez, mas no cuando se trate de asegurar créditos. Además cabe advertir que no existe un momento adecuado y pertinente para que el demandado pueda presentar o prestar la caución, ya que el propio COGEP, no prevé la presencia del demandado al momento de sustanciar la petición de la providencia preventiva. Pero en definitiva todo lo relativo al análisis y críticas se trata con posterioridad en el cuarto capítulo del presente trabajo.

2.6 Caducidad.

Las medidas cautelares y el proceso cautelar en sí mismo se encuentran sometidos a la figura de la caducidad, lo cual podemos señalar se desprende de la naturaleza instrumental y provisional de las medidas cautelares, dicha posibilidad de la caducidad procede en los casos en que la medida haya sido decretada con anterioridad al proceso principal, así de esta manera el artículo 133 del Código Orgánico General de Procesos nos señala:

Artículo 133.- “Las providencias preventivas, si no se propone la demanda en lo principal, 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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 21)

Así pues de esta manera se puede observar que existen dos posibilidades para que proceda la caducidad conforme lo determina el artículo antes citado. Dichas causas de caducidad según Rodríguez y Ferreyra “alcanzan su justificación por un lado, en la presunción de desinterés que cabe inferir de la falta de actividad procesal del beneficiario de la medida y por el otro, en la necesidad de evitar perjuicios que ésta pueda ocasionar a su destinatario.” (Rodríguez y Ferreyra, 2009, p. 183). Sin embargo debemos añadir que si la caducidad persigue las finalidades antes citadas, entonces se debería incluir en el texto del artículo 133 la tercera causal para que proceda ésta, es decir aquella causal que también se hallaba prevista en el artículo 923 del Código de Procedimiento Civil, la cual además de las dos causales inicialmente señaladas, también preveía que las providencias preventivas podían caducar si es que la parte accionante no impulsaba el proceso principal durante treinta días, lo cual es efectivamente lógico y congruente conforme el artículo 5 del COGEP, el cual nos habla acerca del impulso procesal y nos dice que esta le corresponderá a las partes procesales, conforme el principio de dispositivo. Sin embargo en este punto resulta necesario realizar una breve puntualización, ya que según lo previsto en el artículo 5 del COGEP, el cual fue anteriormente señalado, el impulso procesal le corresponde de manera exclusiva a las partes intervinientes en el proceso, por lo que atendiendo al espíritu de esta norma en concreto, la causal de caducidad prevista en el Artículo 923 del Código de Procedimiento Civil debería haberse adoptado dentro del COGEP; sin embargo es necesario señalar adicionalmente el hecho de que según el errado contexto de varias normas deficientemente redactadas en el COGEP el impulso procesal también le correspondería al Juzgador atendiendo a Sistema de la oralidad y la consecuente celeridad que busca el Código Orgánico General de Procesos, es por ello que en este caso, refiriéndonos a este errado contexto del COGEP, no debería preverse la posibilidad de la caducidad producida por la falta de impulso procesal por parte del accionante por un determinado tiempo, ya que como se señaló, de varias normas

deficientemente pasadas del Código adjetivo ecuatoriano vigente, se desprende que el juzgador podría llegar a tener la facultad de dar el correspondiente impulso al proceso, por lo que este no podría caer en abandono y tampoco caducar las providencias preventivas por falta de impulso procesal.

Para finalizar en lo relativo a la caducidad cabe señalar que conforme lo ordena el artículo 133 del COGEP, en caso de que efectivamente opere la caducidad el solicitante deberá responder por los daños y perjuicios que haya ocasionado a la contraparte la medida cautelar, lo cual es plenamente comprensible tomando en cuenta la finalidad que persigue la caducidad de las providencias preventivas, las cuales ya fueron anteriormente señaladas.

2.7 Procedimiento.

En el presente punto procederemos a revisar de manera sumamente breve lo relativo al procedimiento establecido en el Código Orgánico General de Procesos para la constitución de las providencias preventivas previstas en este, para lo cual en primer lugar revisaremos lo establecido en el artículo 127 del COGEP.

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.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

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 COGEP. 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 una 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” (Salcedo, 2005, p. 30-31).

Si bien como se señaló con el texto citado, parte de 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, pero en definitiva este tema se tratará más a profundidad en el último capítulo de este trabajo. Señalamos y consideramos que efectivamente el COGEP prevé que la sustanciación de la solicitud de providencias preventivas sin la presencia o comparecencia del afectado por obvias razones prácticas, ya que si 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 COGEP, 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:

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.” (Congreso Nacional, 2005b, p. 189).

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.

Así pues, para concluir el presente capítulo relativo a la regulación que se ha previsto para las providencias preventivas dentro del Código Orgánico General de

Procesos, debemos señalar que, como se pudo apreciar a lo largo del estudio este cuerpo de leyes en su parte pertinente, el legislador ecuatoriano ha pretendido establecer una regulación adecuada y congruente para las medidas cautelares a lo largo de los 10 artículos que integran el Título III del Libro II del COGEP, cuestión que como se pudo apreciar de lo analizado en este capítulo, y que así mismo se analizará más a profundidad posteriormente, viene a establecer un vago marco jurídico dentro del cual interpretar y aplicar esta institución del derecho procesal, ya que así mismo este cuerpo de leyes deja ciertos vacíos tanto desde un punto de vista de fondo, es decir, atendiendo la naturaleza misma de las medidas cautelares, cuanto de forma, es decir, en lo relativo en hacer prácticas estas medidas preventivas.

3 CAPITULO III.

Providencias Preventivas en otras legislaciones.

En el presente capítulo procederemos a analizar la regulación normativa que se le da a las providencias preventivas en los códigos adjetivos de otros Estados cuya regulación sea similar a la dada por el Ecuador a dichas medidas, en concreto, el análisis recaerá sobre los códigos procedimentales de Uruguay, Colombia y Chile. Del análisis pretendemos plasmar cada una de las providencias preventivas establecidas en cada uno de los cuerpos normativos de los Estados que procederemos a estudiar, así mismo se pretende observar la particular regulación que en cada caso se le dan a estas medidas y la diferencia respecto de cómo están previstas en el Ecuador y en la doctrina, y por último trataremos de establecer el proceso o el procedimiento cautelar previsto en cada cuerpo normativo. Todo lo anteriormente señalado tiene por objeto el terminar de consolidar un verdadero conocimiento no solo teórico o de fondo, sino también práctico sobre las medidas cautelares, para así poder el tener suficientes conocimientos sobre el tema, para que en el último capítulo del presente trabajo se pueda realizar de la mejor manera un comentario y crítica a la forma en como están previstas las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos.

3.1 Uruguay.

En Uruguay, las medidas cautelares, así como su desarrollo, procedimiento y demás aspectos referentes a estas, se encuentran previstas en el Código General del Proceso, al cual se le denomina la ley No. 15.982, y que fue expedida el 18 de Octubre de 1988, y comenzó a regir a partir del 20 de Noviembre de 1989. En dicho cuerpo normativo la regulación relativa a las providencias preventivas la encontramos en el Libro II, el cual trata del Desarrollo de los Procesos, y dentro de este, en el Título II encontramos todo lo relativo al Proceso Cautelar, Título que cuenta con dos capítulos,

el primero que hace referencia a las disposiciones generales de las providencias preventivas y otro que hace referencia al procedimiento de estas.

Para comenzar con el análisis relativo a las medidas cautelares conforme la legislación Uruguaya, debemos en primer lugar analizar la admisibilidad de estas, admisibilidad que se encuentra prevista en el Artículo 311, el cual en sus distintos numerales nos habla acerca de que estas medidas se pueden adoptar en cualquier proceso, también nos habla acerca del tiempo para interponer las medidas cautelares y su caducidad, y por último nos habla acerca de que las medidas cautelares por regla general operan a petición de parte (conforme el principio dispositivo). Así pues, el artículo 311 del Código General del Proceso nos señala:

Artículo 311.

“311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario.

311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

311.3 Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite”. (Asamblea General del Legislativo, 1998, p. 98)

Así pues como se puede observar las medidas cautelares previstas dentro de este cuerpo normativo tienen un gran ámbito de aplicación, ya que se aplicarán a todos los procedimientos regulados por este Código, ya sean contenciosos o voluntarios. Así mismo nos señala que dichas medidas pueden ser solicitadas DURANTE la tramitación

de la causa, cuestión que es muy importante ya que de la redacción del artículo 311.2 se puede apreciar de manera plena la naturaleza autónoma, propia de las providencias preventivas, y así mismo nos señala que pueden ser incluso solicitadas antes de la tramitación del proceso principal como una diligencia preliminar. En este último caso, es decir cuando las medidas cautelares sean solicitadas con anterioridad a la sustanciación del proceso, las providencias preventivas caducarán de pleno derecho si dentro de los treinta días siguientes de que fueron cumplidas no se presentare la demanda en lo principal, cuestión que difiere de lo establecido en el artículo 133 del COGEP, el cual no señala que las providencias, si no se propone la demanda en lo principal, caducarán en el término de quince días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación.

Por último en el artículo 311.3 podemos observar la manifestación del principio dispositivo como regla general, ya que el Código General del Proceso, si bien nos dice que las providencias preventivas operarán a petición de parte, también prevé la posibilidad de que el Juzgador las ordene de oficio cuando la ley lo autorice para ello.

En el artículo 312 del Código General del Proceso, encontramos los dos presupuestos esenciales para la procedencia de las medidas cautelares en general, los cuales son: el peligro en la demora y la existencia de un derecho aparente a proteger, así de esta manera el artículo 312 nos indica:

Artículo 312. – “Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.” (Asamblea General del Legislativo, 1998, p. 98)

Una vez establecidos los requisitos para que procedan las medidas cautelares y haberse analizado la admisibilidad de estos nos corresponde establecer cuáles serán las facultades que tiene el juzgador frente a la solicitud de imposición de una providencia

preventiva. Así de esta manera y siguiendo el orden establecido en el propio Código Procedimental Uruguayo nos corresponde señalar el artículo 313, el cual de acertada manera y a diferencia de lo que sucede en el Ecuador con el Código Orgánico General de Procesos, nos establece una especie de campo de acción del Juzgador al momento de resolver sobre la imposición de una providencia precautelatoria, así pues el artículo 313 relativo a las facultades de Juzgador no señala que:

Artículo 313. – “En todo caso corresponderá al tribunal:

- 1) Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente;
- 2) Establecer su alcance;
- 3) Establecer el término de su duración;
- 4) Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes;
- 5) Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.” (Asamblea General del Legislativo, 1998, p. 98-99)

Así como se desprende del artículo antes señalado, la legislación uruguaya de manera expresa y taxativa señala cuáles serán las facultades del Juzgador, estado entre ellas el establecer al alcance o duración de la medida cautelar ordenada, siendo todo esto muy acertado a mi punto de vista, ya que no deja a discrecionalidad del Juez el actuar ante la petición de una medida preventiva.

En cuanto a las medidas cautelares que ya específicamente prevé el Código Uruguayo debemos indicar una particularidad sumamente interesante, y es el hecho de que en su artículo 316.1, el cual hace efectivamente referencia a las medidas cautelares específicas a adoptarse, no deja una especie de clausula abierta o deja de cierta manera un margen de libertad al Juzgador para que, analizando el caso en concreto y evidentemente previa la justificación o fundamentación debida, ordene cualquier

medida que esté orientada a cumplir con la finalidad cautelar perseguida, todo esto conforme al ya citado artículo 312 del Código General del Proceso, es decir, atendiendo a al peligro en la demora y el derecho o derecho aparente amenazado.

Artículo 316. –

“316.1 El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar (artículo 312).”
(Asamblea General del Legislativo, 1998, p. 100)

Así como se puede observar, efectivamente en el artículo 316.1 se le otorga una libertad al juzgador para ordenar la medida cautelar idónea atendiendo a las circunstancias, pero de la misma manera, al otorgarle dicha libertad de actuar al Juzgador le impone un marco dentro del cual actuar, ya que conforme lo señala el artículo 316.2 y sobre todo el artículo 313, al cual ya hicimos mención anteriormente y que hace referencia a las facultades del tribunal, el juzgador al ordenar una medida cautelar deberá necesariamente establecer su tiempo de duración, las facultades que tendrá la persona que intervenga, las cuales evidentemente estarán íntimamente orientadas a asegurar el derecho amenazado y así mismo el juzgador deberá fijar la retribución del interventor.

Respecto de esta especie de cláusula abierta que va efectivamente a dar una cierta libertad en el actuar del juzgador debemos acotar que es muy conveniente, ya que permite al juzgador determinar la providencia preventiva adecuada atendiendo a los antecedentes de hecho, y obviamente dicha libertad estará limitada por los deberes y facultades que la propia norma impone al juzgador en los artículos 316.2 y en el 313, asegurando así que el actuar del Juez al imponer la medida que considere idónea sea legal y legítimo.

El Código General del Proceso de Uruguay, establece y desarrolla de manera diferenciada por un lado las medidas cautelares específicas que puede ordenar el juez previa solicitud de parte, y que son aquellas que están recogidas en el artículo 316.1, es decir, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor, y cualquier otra que el Juez considere idónea. Y por otro lado establece las medidas cautelares provisionales y anticipadas, las cuales según el artículo 317.1 y 317.2 son aquellas que podrá adoptar el Juzgador cuando las considere necesarias o para anticipar la realización de determinadas diligencias, así mismo son aquellas ordenadas para evitar que se ocasione una lesión grave a la parte mientras se encuentra en desarrollo el proceso, pudiendo ser una de estas medidas provisionales o anticipatorias el remate de bienes embargados o que se encuentren sometidos a cualquier otra medida cautelar, así mismo podría ser el remate de bienes que puedan perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorarse y demás.

Respecto de la diferenciación que realiza el Código uruguayo entre medidas específicas, y medidas provisionales y anticipadas, debemos señalar que relativamente resulta innecesaria, pues perfectamente ambas categorías de medidas cautelares pudieron ser establecidas y desarrolladas conjuntamente, ya que el propio artículo 317.3 del Código General del Proceso uruguayo nos dice que las medidas provisionales y anticipadas se regirán conforme las disposiciones y reglas de las medidas específicas salvo que no sean pertinentes. Es por ello que a mi parecer resulta innecesario el desarrollar a ambas clases de medidas de forma separada cuando bien se lo puedo hacer en forma conjunta.

Para finalizar en lo relativo al análisis de la legislación uruguaya debemos señalar el procedimiento previsto en el Capítulo II, Título II del libro II del Código General del Proceso, el cual nos indica en su artículo 314 lo siguiente:

Artículo 314. -

“314.1 Será competente para entender en la medida cautelar, si la misma fuere solicitada como diligencia preliminar, el tribunal que lo es para entender en el proceso posterior.

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

314.2 La petición deberá contener:

- 1) La precisa determinación de la medida y de su alcance.
- 2) El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos.
- 3) La contracautela que se ofrece.

314.3 Realizado el diligenciamiento de la información sumaria o, si lo considera necesario, en su primera providencia, el tribunal resolverá el rechazo o la admisión de la medida, con expresión de su alcance y demás características a que refiere el artículo 313.” (Asamblea General del Legislativo, 1998, p. 99)

Como podemos observar del artículo antes citado, efectivamente la competencia para ordenar la imposición de una medida cautelar le corresponderá al Juzgador que igualmente resulte competente para conocer el proceso principal al cual el proceso cautelar está asegurando, cuestión que de cierta manera va a guardar relación con el artículo 124 del COGEP, el cual no señala que el secuestro o la retención se solicitará ante el Juzgador de primera instancia aun cuando la causa se halle ante la corte provincial, el decir que conforme lo señala el artículo del Código adjetivo ecuatoriano la medida cautelar sea esta solicitada antes de presentar la demanda o

durante proceso deberá ser dirigida al juzgador que conoce el proceso principal, así pues de la misma manera el Código uruguayo atribuye la competencia del proceso cautelar al juez del proceso principal, pero además el cuerpo normativo uruguayo prevé la posibilidad de que una medida cautelar sea ordenada por un Juez que posteriormente resulte incompetente, y en dicho caso nos señala que la medida será válida en tanto y en cuanto cumpla con los requisitos legales. Posteriormente, los artículos 314.2 y 314.3 establecen por sobre todo cuestiones de forma que debe reunir la solicitud, como lo es el determinar la medida pretendida o la contracautela que se ofrece, y así mismo nos señalan el proceder del Juzgador, en el sentido de que una vez aportada de manera sumaria la justificación de la existencia del derecho y el peligro en la demora el Tribunal resolverá si rechaza o admite la medida. Para finalizar cabe resaltar que el Código General del Proceso de Uruguay prevé que la medida cautelar será decretada sin necesidad que la parte afectada tenga conocimiento o intervenga, y así mismo nos señala que el afectado de la medida no podrá detener el cumplimiento de esta a pesar de peticiones o incidentes que interponga.

3.2 Colombia.

En relación a la legislación colombiana, para poder realizar un análisis en debida forma a las medidas cautelares, se vuelve necesario el recurrir al Código General del Proceso colombiano, el cual fue expedido el doce de Julio de 2012 y entró en vigencia el primero de enero de 2016, en dicho cuerpo normativo establece y desarrolla las medidas cautelares en su libro IV, Título I, pero así mismo cabe advertir una particularidad de dicho cuerpo adjetivo, y es que a partir del artículo 588, esto es, dentro del Capítulo I del Título I del Libro IV, nos va a establecer las medidas cautelares específicas en cada tipo de proceso, es decir, dentro de este capítulo se va a tratar de manera detallada sobre las medidas cautelares aplicables a las pruebas extraprocesales, a las medidas cautelares en los procesos declarativos, medidas cautelares en procesos de familia, así pues, dentro de este capítulo se desarrolla de manera particularizada las medidas para cada uno de los procesos señalados. Pero en

el capítulo II del título y del libro antes señalado, se procede igualmente a establecer y a desarrollar lo correspondiente a las medidas cautelares pero dentro de los procedimientos ejecutivos, entendiéndose a estos como los procedimientos de ejecución, cuestión que a mi parecer es acertada, tomando en cuenta la especial naturaleza de este proceso, la cual viene dada por el antecedente de existir efectivamente ya un título de ejecución, como lo pueden ser una sentencia ejecutoriada o un laudo arbitral, y que de cierta manera va a afectar de manera directa el desarrollo del proceso de ejecución. Así pues resulta acertado el desarrollo conjunto pero debidamente sistematizado que da el legislador colombiano respecto de las medidas cautelares en los procesos declarativos, en los de familia, en los procesos ejecutivos o de ejecución y demás. A diferencia de lo que ocurre en Ecuador, en el cual, dentro del Código Orgánico General de Procesos se desarrollan las providencias preventivas para los procesos en general, ya que estas medidas están establecidas dentro del libro segundo, el cual es el relativo a la actividad procesal en general, y no se desarrollan de manera específica, especializada y sistematizada, como si ocurre en la legislación colombiana.

Para empezar con el estudio de las medidas cautelares según la legislación colombiana trataremos en primer lugar aquella medida cautelar que puede ser solicitada, decretada y practicada en los procesos declarativos, así de esta manera se vuelve necesario el recurrir al artículo 590 del Código General del Proceso colombiano, el cual nos habla efectivamente de las medidas cautelares en este tipo de procesos, y así, dicho artículo nos señala cuales son las reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de dichas providencias. Pues bien, dicho artículo en primer lugar manifiesta que las medidas cautelares pueden ser solicitadas desde la presentación de la demanda y además nos señala que para que el juez decrete una medida cautelar será necesario que exista una petición del demandante, es decir, va a operar a petición de parte, cuestión que como ya se analizó es una característica propia de las medidas cautelares.

Y ya refiriéndonos en concreto a las providencias preventivas que el juez puede decretar en estos procesos debemos indicar que son tres: la inscripción de la demanda sobre bienes sometidos a registro y el secuestro de los demás, inscripción de la demanda sobre bienes sometidos a registro que sean de propiedad del demandado, y cualquier otra medida que el Juzgador considere necesaria para la protección del objeto del litigio y evitar que se vulneren derecho, atribuyendo en este último caso efectivamente una gran facultad al juzgador para que pueda decretar la medida cautelar que atendiendo a las circunstancias considere necesaria, es decir se le atribuye la facultad de decretar aquellas medidas cautelares que se han denominado como innominadas o atípicas.

Refiriéndonos ya en concreto a las medidas cautelares que se pueden solicitar y ordenar en los procesos declarativos según el Código General del Proceso de Colombia, debemos indicar que el artículo 590 a lo largo de su primer numeral nos señala en casos procede cada una de las tres medidas señaladas anteriormente, así de esta manera, la inscripción de la demanda procederá cuando se procure proteger el bien sobre el cual se va litigar y que dicho bien sea de aquellos sujetos a registro, en cambio el secuestro procederá cuando se procure proteger igualmente bienes que se discuten en litigio pero que no sean de aquellos sujetos a registro, pero estas medidas procederán siempre y cuando se traten de casos en los cuales la demanda verse sobre el dominio o algún otro derecho real principal, dicha medida cautelar procederá ya sea que la demanda haya sido interpuesta de manera directa hacia dichos bienes o así mismo procederá como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o incluso cuando la demanda recaiga sobre una universalidad de bienes.

La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, procederá cuando dentro del proceso se pretenda asegurar el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual. Y por último como ya habíamos mencionado anteriormente se prevé la posibilidad de que el Juzgador pueda decretar cualquier otra medida que atendiendo

a los antecedentes resulte razonable, pero siempre el Juez para decretar estas medidas atípicas o innominadas deberá apreciar la legitimación o el interés de las partes intervinientes, deberá así mismo analizar que efectivamente exista la apariencia de buen derecho del solicitante y que se justifica de manera debida el peligro en la demora.

En los procesos declarativos, cuando dentro de estos se dicte una medida cautelar de aquellas previstas en los distintos literales del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, es decir, cuando se hubiesen ordenado cualquiera de las medidas anteriormente señaladas, se deberá prestar una caución del 20% del valor de la pretensión, todo esto conforme lo indica el numeral 2 del artículo 590, el cual no señala:

Artículo 590.

“2.- Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.” (Congreso de la República, 2012, p. 197)

Como se puede apreciar de la norma citada efectivamente se prevé como un requisito de procedencia de las medidas cautelares en los procesos declarativos que el solicitante preste una caución equivalente al veinte por ciento del valor que alcance la pretensión, dicha caución evidentemente estará destinada a cubrir los perjuicios que se le genere a la persona afectada por la medida, dejando sin embargo, la facultad a juzgador de que atendiendo a las circunstancias del caso pueda exigir ya sea de oficio o a petición de parte el aumento o la disminución del monto de la caución. Evidentemente todo lo mencionado hace referencia a las medidas cautelares que son

solicitadas en los procedimientos declarativos. El hecho de que se exija como un requisito de procedencia el pago de una caución para que se opere una providencia preventiva se adecua a lo establecido por parte de la doctrina, la cual señala que efectivamente la contracautela es un presupuesto o requisito para que surja una medida cautelar, cuestión que evidentemente no está prevista en la legislación ecuatoriana y más en concreto en el COGEP.

El Código General del Proceso Colombiano una vez establecido de forma extensa cuales son las medidas cautelares que pueden ser ordenadas en los procedimientos declarativos y de establecer en qué casos opera cada una de esas medidas, procede a desarrollar de manera detallada los requisitos de forma y demás procedimientos que implica cada medida, cuestión a la que no ahondaremos en estudio, ya que como señalé son meramente cuestiones de forma y procedimentales.

A partir del Artículo 598 del anteriormente señalado cuerpo adjetivo colombiano se nos procede a establecer cuáles son las reglas respecto de las medidas cautelares que se puedan dictar dentro de los procesos de familia, acotando que si bien este tipo de medidas dista mucho de las providencias preventivas que han sido objeto de nuestro estudio hasta ahora, estas medidas deben ser mencionadas por el hecho de que constan dentro del capítulo relativo a las medidas cautelares del Código General del Proceso colombiano, y así pues, de esta manera podemos observar que en dichos procesos existen las siguientes medidas:

- El embargo y el secuestro de bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieran en posesión de la contraparte.
- La residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero.
- Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero.

- Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos.
- En caso de mujer embarazada se puede decretar las medidas previstas en la ley para evitar suposición del parto.
- Se puede decretar a petición de parte el embargo y secuestro de bienes sociales y propios.
- Y así mismo como sucedía en el caso de las medidas que se pueden dictar en los procesos declarativos, aquí también se prevé la posibilidad de que el Juzgador pueda dictar medidas innominadas, evidentemente esto último atendiendo a las circunstancias en concreto y precautelando el que con anterioridad de prueba en debida forma la legitimidad de las partes, la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora, y por último el interés superior de los menores.

Como queda manifestado mediante el artículo 598 del Código General del Proceso colombiano, se prevén de manera separada y autónoma las medidas cautelares que se puedan solicitar y dictar en los procesos de familia, todo esto atendiendo a la especial naturaleza de estos, y a que muchas veces se requerirán medidas que trasciendan del ámbito únicamente pecuniario y patrimonial. En relación con la legislación ecuatoriana debo señalar que no existe dentro del Código Orgánico General de Procesos una norma destinada exclusivamente a establecer y desarrollar cuáles son las medidas a ordenarse en los procesos de familia, ya que como se señaló desde un inicio en el presente trabajo, las providencias preventivas dentro del COGEP, se las encuentran dentro del libro segundo, y dicho libro hace referencia a la actividad procesal en General, es así que muchas de las medidas cautelares que se pueden dictar en los procesos de familia no se encuentran de manera expresa en el COGEP, sobre todo aquellas que tienen una naturaleza extrapatrimonial, ya que éstas se encuentran desarrolladas en otros cuerpos normativos como por ejemplo el Código de la Niñez y Adolescencia o la misma Constitución de la República.

Para continuar con el análisis de las providencias preventivas previstas en la legislación colombiana y más en concreto en el Código General del Proceso de dicho País haremos una breve referencia a las medidas cautelares previstas para los procedimientos ejecutivos o de ejecución, ya que como se mencionó al inicio de este punto, dentro del cuerpo normativo antes señalado se establecían y desarrollaban de manera conjunta pero debidamente sistematizadas las providencias preventivas o medidas cautelares que se pueden ordenar para pruebas extraprocesales, para los procedimientos declarativos, para los procesos de familia y para los procesos ejecutivos, evidentemente cada una de estas con sus características especiales atendiendo a la naturaleza de los procesos en los cuales van a ser ordenadas. Así pues, de esta manera lo que nos corresponde ahora es realizar una referencia a las manera en como están plasmadas las medidas precautelatorias aplicables en los procedimientos ejecutivos o de ejecución, las cuales se encuentran previstas a partir del artículo 599 del Código procedimental colombiano, dicho artículo da comienzo al capítulo segundo, del título primero del libro relativo a las medidas cautelares y cauciones, así pues, de dicho artículo y de los subsiguientes podemos observar que en los procesos de ejecución se pueden solicitar desde la presentación de la demanda el secuestro y el embargo de bienes que pertenezcan al ejecutado. Pero según nos indica el inciso tercero de dicho artículo el juzgador al ordenar estas medidas podrá limitarlos al monto que considere como necesario, así pues se prevé un límite al decretar los embargos y secuestros, el cual es que el valor de los bienes de ninguna manera podrá exceder del doble del crédito cobrado, con inclusión de sus intereses y las costas correspondientes, a no ser de que se trate de un único bien o de varios bienes que se encuentren afectados por prendas o hipotecas. Pero así mismo, como se prevé una limitación al momento de decretar una medida cautelar, cabe resaltar que del contenido de los artículos 599 y siguientes, se desprende que para estas medidas ya no se exige al interesado que preste caución para que se practiquen estas, cuestión que como se puede observar difiere de lo establecido en los procesos declarativos, ya que conforme lo dicta el numeral 2 del artículo 590 en este tipo de procesos, es decir en los declarativos, de manera expresa se exige el cumplimiento de una caución por parte del interesado. Sin embargo existe la posibilidad de que el demandado o la persona que se vea afectada por la medida

puedan oponerse a esta e interponga las excepciones correspondientes, pues bien, en este caso cabe la posibilidad de que, previa solicitud al Juzgador, este ordene al ejecutante el prestar una caución, la cual efectivamente puede ascender hasta el diez por ciento del valor de la ejecución.

Respecto a este tipo de medidas que son aplicables a los procesos de ejecución no ahondaremos en mayor estudio, ya que si bien son medidas cautelares, no son de aquellas que han sido objeto de nuestro estudio a lo largo del presente trabajo, ya que en estos tipo de procesos ejecutivos ya existe como antecedente un título de ejecución como lo puede ser una sentencia ejecutoriada, siendo entonces distinta a las medidas cautelares hasta ahora estudiadas, en el sentido de que para que procedan estas últimas se tiene como presupuesto el hecho de que se pruebe la verosimilitud del derecho mas no necesariamente un derecho consagrado como tal.

Así pues para finalizar este breve análisis a las medidas cautelares previstas en la legislación colombiana nos corresponde el establecer la última clasificación de medidas cautelares que prevé el Código General del Proceso, y la cual corresponde a las medidas cautelares aplicables a las pruebas extraprocesales. De esta manera debemos señalar en primer lugar que si bien el Juzgador cuenta con cierta libertad para regular el tipo de medida cautelar que adopta, debe siempre actuar con mesura, ya que por la propia naturaleza de estas medidas, se impondrán en contra de personas que aún no estén vencidas dentro de Juicio, así pues podemos observar que en la legislación colombiana de acuerdo al Código General del Proceso en su artículo 18 numeral 7, se establece la posibilidad de que durante el transcurso de la práctica de una prueba extraprocesal los jueces civiles municipales tienen la competencia para conocer en primera instancia aquellas peticiones de medidas cautelares que versen sobre dichas pruebas, sin consideración de las personas interesadas y sin interesar la autoridad donde se hayan de aducir.

Cabe añadir respecto de estos tipos de providencias preventivas, que según lo dicta el numeral 10 del artículo 20 del cuerpo normativo procedimental colombiano, quienes cuentan con la competencia para conocer sobre las solicitudes de medidas

cautelares extraprocesales serán los jueces civiles municipales y los jueces civiles del circuito, cuestión esta última que ya es netamente procedimental y depende del ordenamiento jurídico de que se trate, es por ello que tampoco entraremos en mayor análisis de este último tipo de medidas cautelares previstas por la legislación de Colombia.

3.3 Chile.

Una vez ya realizado un breve análisis relativo a las medidas cautelares en los cuerpos normativos adjetivos o procedimentales de las legislaciones de Uruguay y de Colombia, nos corresponde para finalizar este capítulo, el cual hace referencia efectivamente al análisis de legislaciones a fines a la ecuatoriana, revisar la regulación que da la legislación chilena a estas medidas, para así poder terminar de consolidar un conocimiento, tanto en lo teórico como en lo práctico de las providencias preventivas. Así pues para iniciar este análisis debemos indicar que las medidas precautorias, como se las denomina en Chile a las providencias preventivas, se encuentran contenidas en el título quinto del libro segundo del Código de Procedimiento Civil chileno, cuerpo normativo que se encuentra vigente desde inicios del siglo XX y que dicho sea de paso, ha sido un referente Latinoamérica en lo relativo a la administración de Justicia en materia civil, pero que, al igual que en varios Países latinos se encuentra en proceso de una gran reforma, ya que en Chile también se pretende actualizar el anteriormente señalado cuerpo normativo para que se acople a la oralidad de los procesos, y así obtener una mayor celeridad en estos, cuestión que lleva ya varios años sin que se haya consolidado efectivamente dicha reforma.

Así pues iniciamos ya con el análisis de las medidas precautelatorias en Chile señalando lo que nos establece el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil chileno el cual nos indica cuál es el momento o la oportunidad para solicitar la interposición de una medida cautelar, así pues, podemos observar que en el Código de Procedimiento Civil chileno las medidas precautorias podrán ser solicitadas durante el

transcurso del proceso en cualquier estado de la causa, antes de que la demanda sea contestada, o incluso antes de presentarse la demanda con el carácter de prejudicial, lo cual es evidentemente lógico tomando en cuenta la finalidad mediata que persiguen las providencias preventivas, la cual es efectivamente el procurar asegurar la integridad del patrimonio del demandado o de la cosa sobre la cual se va a litigar. Así mismo el artículo 290 del cuerpo adjetivo civil chileno nos señala de manera expresa cuales son las medidas que se podrán solicitar, las cuales son:

- El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
- El nombramiento de uno o más interventores;
- La retención de bienes determinados; y
- La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

Así pues para iniciar lo referente al secuestro como primera medida prevista en la legislación chilena, conviene recordar de manera sumamente sucinta en que consiste dicha medida, así pues entendíamos que según Manuel Rodríguez y Angelina Ferreyra el secuestro consistía en “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 restituir” (Ferreyra y Rodriguez, 2009, p 198). Así pues en este orden de ideas, decíamos que para que opere el secuestro era necesario que se demuestre la verosimilitud del derecho, es decir, la existencia efectiva de un derecho aparente, y además que se demuestre también el peligro en la demora. Pues bien, una vez realizado esta pequeña reseña de lo que en esencia consiste el secuestro corresponde en este momento observar la manera en como el legislador chileno la plasmo en el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil chileno, el cual nos dice:

Artículo 291.- “Habrá lugar al secuestro judicial en el caso del artículo 901 del Código Civil, o cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.” (Congreso Nacional, 1902, p. 57)

Como habíamos señalado anteriormente en el punto en el que se trató a profundidad y se desarrolló adecuadamente todo lo relativo al secuestro según la legislación ecuatoriana, el secuestro recaía por regla general sobre bienes muebles, cuestión que incluso era acogida por la doctrina, existiendo muy pocos casos en los cuales efectivamente el secuestro podría recaer sobre bienes inmuebles, como por ejemplo los previsto en el artículo 129 del Código Orgánico General de Procesos, o lo que anteriormente preveía el Código de Procedimiento Civil, para el caso de que en contravención a una prohibición de enajenar se ha procedido a celebrar una compraventa del bien inmueble. Pues de igual manera a lo que sucede en la legislación ecuatoriana, en Chile el secuestro también va a recaer sobre bienes muebles, pero cabe hacer una puntualización en el sentido de que el Código Procedimental chileno al referirse al secuestro lo hace únicamente atendiendo a una de las finalidades de las providencias preventivas, que es asegurar la integridad de los bienes sobre los cuales se va a litigar o se litiga, pero deja de lado la otra finalidad que persiguen dichas medidas, que es asegurar el cumplimiento de una obligación resguardado los bienes del deudor que puedan hacer factible el cumplimiento de dicha obligación, así pues como se puede evidenciar la legislación chilena plantea al secuestro desde un solo punto de vista respecto de la finalidad.

Y por último cabe señalar también la parte final del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil chileno, el cual señala que el secuestro procederá sobre los bienes muebles que se encuentren en manos de la persona que, sin ser poseedora de dichos bienes, los tenga en su poder, cuestión esta última que resulta innecesario de señalar y que viene a perjudicar de manera directa la práctica del secuestro como medida cautelar, ya que va a constreñir de gran manera su campo de actuación, al hacer que únicamente proceda en contra de bienes que, como señala la norma citada, se encuentran en manos de la persona que no sea poseedora, y para finalizar en lo relativo al desarrollo práctico del secuestro el cuerpo normativo chileno nos dice que se desarrollará conforme las reglas pertinentes previstas en dicha legislación relativas al depósito de los bienes embargados, cuestión que de cierta manera viene a guardar relación con lo establecido en el artículo 2119 del Código Civil, en el cual de igual manera se hace un símil entre el depósito y el secuestro, y es más, dicho artículo nos

señala que el secuestro es una especie del depósito, por lo que evidentemente se registrará por las mismas reglas conforme lo señala el artículo 2155 del Código Civil.

En lo relativo a la medida precautoria consistente en el nombramiento de un interventor, debo indicar que esta procederá en varios supuestos, siendo estos:

- En el caso en el que la demanda recaiga sobre el dominio u otro derecho real constituido sobre un bien inmueble cuando se tema su deterioro;
- Cuando la pretensión de una demanda recaiga sobre una herencia que está siendo ocupada por otro, cuando igualmente exista un justo temor de su deterioro;
- Cuando en una comunidad o una sociedad, uno de sus integrantes demanda la cosa común;
- Siempre que exista justo temor de que la cosa sobre la cual versa el juicio se destruya o se deteriore;
- Cuando en el caso de que el demandado enajene sus bienes, se burlen de manera directa los derechos del demandante.

Como se puede apreciar, efectivamente el nombramiento de un interventor tiene lugar en varios supuestos, atendiendo cada uno de estos, a las finalidades doctrinarias que se les han atribuido a las providencias preventivas, así pues, se podrán solicitar estas para procurar cuidar la integridad de los bienes sobre los cuales se litiga, y también para cuidar que permanezcan dentro del patrimonio del demandado aquellos bienes que puedan viabilizar y hacer factible la ejecución o el cumplimiento de una obligación.

Las facultades y obligaciones que tendrá el interventor dentro de esta medida precautoria, están recogidas de manera expresa dentro del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil chileno, el cual nos dice:

Artículo. 294.- “Las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado.

Estará, además, el interventor obligado a dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; y podrá en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar.” (Congreso Nacional, 1902, p. 294, p. 58)

Como se puede apreciar en principio las facultades del interventor se verán limitadas únicamente a las facultades de administración sobre los bienes afectados por la intervención, cuestión que viene a tener una gran similitud con el mandato o demás figuras jurídicas afines, en las cuales, en principio se cuenta únicamente con las facultades indispensables para la administración de la cosa de que se trata, pero de ninguna manera, en principio, se cuenta con la facultad de disponer de esta. Así pues, además debo señalar que atendiendo a la finalidad propia que persiguen las medidas cautelares y en este caso en concreto, el nombramiento de un interventor, este deberá notificar oportunamente al tribunal de toda acción tendiente efectivamente a vulnerar la finalidad que persiguen dicha medida, para así pueda decretarse alguna medida sustitutiva más efectiva.

En el caso de la retención, la cual es otra medida precautoria prevista por la legislación chilena debo señalar que esta está prevista en el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil chileno, la cual establece:

Artículo. 295.- “La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a

los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley. Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores.” (Congreso Nacional, 1902, p. 58)

Así pues en este único artículo referente a la retención podemos observar su verdadera naturaleza, ya que en principio podemos ver que nos dice que esta providencia va a recaer tanto sobre dineros como cosas muebles, siendo este último muy general, ya que podría traer problemas fácticos el hecho de que se dé efectivamente la retención física sobre ciertas cosas, sobre todo cuando esta retención sea ordenada a terceras personas, así mismo este artículo no prevé en debida forma, es decir, detalladamente sobre cuales bienes puede recaer la retención como en efecto si lo hace y lo hacía el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil respectivamente, ya que este nos señalaba que esta medida podía recaer sobre rentas créditos o bienes de deudor. Ahora en cuanto a la finalidad que persigue la retención según lo establecido en el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil chileno, si debemos anotar una gran diferencia con lo establecido en el artículo 130 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que en el cuerpo normativo chileno nos señala que la retención seguirá esa doble finalidad que persiguen las medidas cautelares, es decir, va a proteger los bienes que son objeto del litigio, y también va a resguardar bienes ajenos a los que se discuten o se disputan en juicio, pero que pueden llegar a hacer factible el cumplimiento de un crédito o de una obligación. En cambio en el cuerpo de leyes ecuatorianas la retención solo persigue una finalidad, la cual, es efectivamente el asegurar el patrimonio del deudor para así poder hacer factible la ejecución de una obligación.

Cabe resaltar un acierto dentro de la regulación que da el Código chileno dentro de la retención, y es que si prevé un desarrollo un poco más a profundidad cuando de retención de valores se tratase, ya que prevé el traslado de estos a un establecimiento de crédito o una persona determinada para salvaguardar la seguridad de estos valores, sin embargo este código también recae en la falencia, en la que recae el COGEP, cuando establece que la retención va a recaer sobre bienes, ya que como se había señalado desde anteriores capítulos, la retención va a recaer únicamente sobre rentas, valores o créditos del deudor que se encuentren en poder de una tercera persona, mas no sobre bienes, ya que para esto existen otras providencias preventivas como por ejemplo el secuestro, y en todo caso, si es que se estableciese que puede recaer sobre bienes, ninguno de los Códigos adjetivos ecuatoriano o chileno da una regulación adecuada a la situación de aquella persona en cuyo poder van a quedar retenidos, ya no valores o créditos, sino que bienes, ya que dada la naturaleza de estos sería necesario establecer una especie de regulación acerca de aquella persona en cuyo poder queden retenidos estos.

Y por último en lo relativo a la prohibición de celebrar actos o contratos, la cual es la última medida precautoria que de manera expresa prevé el Código de Procedimiento Civil chileno debemos señalar que esta se encuentra contenida en el artículo 296 y 297 de anteriormente señalado código, y los cuales establecen lo siguiente:

Artículo. 296.- “La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4° del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos.” (Congreso Nacional, 1902, p. 58)

Como efectivamente se desprende del primer inciso del artículo anteriormente citado, debemos señalar que la prohibición de celebrar actos y contratos va a perseguir la doble finalidad de las providencias preventivas en general, cuestión que no solo está establecido en la norma citada, sino que viene dada de la doctrina, en el sentido de que la prohibición de contratar va a proteger tanto a los bienes que se discuten en juicio, como a aquellos bienes que no se discuten en juicio pero que van a hacer factible el cumplimiento de una obligación, cuestión que viene a establecer una diferencia de la prohibición de contratar con su género madre la prohibición de innovar, la cual únicamente va a recaer sobre bienes discutidos en juicio.

Artículo. 297.- “Cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.” (Congreso Nacional, 1902 p. 59)

Del artículo antes mencionado es evidente que se desprende que esta medida cautelar va a recaer tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles, y que evidentemente cuando recaiga sobre bienes inmuebles tendrá que cumplir con las solemnidades propias previstas por cada legislación y ordenamiento jurídico para este tipo de bienes, es así que se exigirá el registro de dicha medida.

Una vez establecidas las providencias precautelatorias concebidas por el legislador chileno queda resaltar lo establecido en el artículo 300 del Código adjetivo chileno, en el sentido de que este nos señala:

Artículo. 300. “Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes.” (Congreso Nacional, 1902, p. 59)

A lo que se refiere este artículo es que si bien Código Procedimental chileno ha previsto y desarrollado de manera expresa las medidas cautelares que se pueden solicitar y ordenar durante de los procesos civiles, dichas medidas no se agotarán únicamente en aquellas establecidas dentro de este cuerpo de leyes, sino que el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil chileno reconoce textualmente la posibilidad de que se puedan interponer otras providencias preventivas que se encuentren debidamente reconocidas en otras leyes, para lo cual deberá existir una petición de parte en tal sentido y el juez además estar a lo previsto en las reglas generales del Código adjetivo chileno.

Para finalizar esta breve reseña de la legislación chilena acerca de las providencias precautorias, nos corresponde referirnos de manera sucinta a la tramitación que se les da a estas, para lo cual debemos recurrir a lo establecido en el artículo 302 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil chileno, el cual nos señala:

Artículo. 302.- “El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada. Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados. (Congreso Nacional, 1902, p. 59)

Del texto del artículo citado se puede observar que en la legislación chilena se reconoce y se respeta la naturaleza autónoma con que cuentan las providencias preventivas, ya que efectivamente como señala la norma citada al referirse al trámite de las medidas cautelares nos dice que este proceso cautelar es un incidente del proceso principal y que se tramitará por cuerda separada, al decir que este trámite es un incidente y para comprender de mejor manera en que consiste un incidente debemos recurrir a lo manifestado por el Doctor Emilio Velasco Celleri en su artículo “Los incidentes y cuestiones incidentales en la Legislación Civil Ecuatoriana”, en el cual nos

señala que “Incidente es un acto accesorio de la causa principal, que requiere de un trámite y una resolución especial, en algunos casos dentro del mismo juicio” (Velasco, 2005). Sin embargo es necesario puntualizar que, según la definición de incidente dada el autor citado se podría llegar a pensar que el trámite o proceso cautelar en Ecuador también es un incidente, cuestión que de ninguna manera es acertada, ya que efectivamente conforme lo señala el artículo 127 del COGEP al señalar que el trámite de las providencias preventivas se inicia con la presentación de una solicitud que cumplirá con los mismo requisitos de la demanda, nos deja observar que efectivamente el trámite de las providencias preventivas consiste en un proceso distinto y autónomo del proceso principal, con una sustanciación propia, se manifiesta todo esto a pesar de la falla en la redacción en la que recae el artículo 124 del COGEP, ya que del texto de dicho artículo se podría llegar a considerar a las medidas cautelares como una simple diligencia a realizarse dentro del proceso, por el hecho de que en el texto del mencionado artículo de manera literal nos señala que las providencias preventivas se pueden solicitar dentro del proceso, mas no nos dice que durante, que sería la en este punto la terminología adecuada.

A continuación, el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil chileno nos deja ver una circunstancia de suma importancia en lo relativo a la práctica de las providencias preventivas, y es que según esta norma, luego de la resolución que efectivamente otorgue la medida solicitada se deberá notificar con esta a la parte afectada, para que así esta pueda oponerse y ejercer en debida forma su derecho a la defensa, oposición que se tramitará como un incidente. De esta norma cabe puntualizar la correcta sustanciación que se le da al trámite de las providencias preventivas en la legislación chilena, sustanciación que es de cierta manera similar a lo que anteriormente establecía en Ecuador el Código de Procedimiento Civil, y en que en la actualidad ha sido totalmente desatendida por el hecho de que se ha previsto un trámite sin sentido práctico y sin contar con la parte afectada, cuestión que afecta directamente a derechos consagrados a nivel constitucional, como lo puede ser el derecho al debido proceso y a la defensa.

Para finalizar el presente capítulo y como conclusión, debemos señalar la importancia que en su momento tuvo el realizar un adecuado estudio de las providencias preventivas según la doctrina, ya que de dicho aprendizaje se pudo llegar a obtener una comprensión de las providencias preventivas, el cual conjuntamente con lo estudiado de la legislación nacional y la extranjera en el presente capítulo, nos ha servido para llegar a consolidar un conocimiento de lo que en si consisten las providencias preventivas, ya que si bien, de los distintos cuerpos normativos estudiados se han llegado a encontrar ciertas diferencias, éstas provienen de las distintas convicciones de los legisladores que las han concebido en cada País, pero sin embargo, la esencia misma de las providencias preventivas, como lo son: sus características, presupuestos o finalidades, se encuentran presentes en las normas de todas las legislaciones traídas a colación, es así que, únicamente queda resaltar el adecuado trabajo de los legisladores extranjeros cuyas normas han sido objeto de estudio en el presente trabajo, en el sentido de que han tenido la suficiente técnica jurídica y lógica para plasmar estas normas de manera adecuada, coherente y debidamente sistematizada.

4 CAPÍTULO IV.

Comentarios y Recomendaciones a las Providencias Preventivas en el Código Orgánico General de Procesos.

El presente capítulo tiene como finalidad el establecer de manera expresa y concreta cuales son las falencias en las que ha incurrido el legislador ecuatoriano al momento de concebir, plasmar y desarrollar a las providencias preventivas dentro del Código Orgánico General de Procesos, falencias que pueden ser consideradas tanto desde el punto de vista dogmático y doctrinario, así como también desde el punto de vista de la redacción con las que se han sido establecidas las providencias precautelatorias, es decir, de la falta de técnica jurídica en la que ha incurrido el legislador ecuatoriano al momento de plasmar éstas, e incluso se pretende establecer cuáles son las falencias de estas medidas desde una concepción o un punto de vista práctico. Así mismo, al tiempo de establecer las falencias anteriormente señaladas, procederemos a realizar las respectivas recomendaciones para solventar ya sea total o parcialmente dichos errores, es así que los comentarios y recomendaciones que se efectuarán estarán debidamente sustentadas en los apuntes obtenidos de la cátedra de Derecho Procesal Civil del Doctor Olmedo Piedra Iglesias, así como en normas legales, como por ejemplo lo que establecía el propio Código de Procedimiento Civil, o también sustentadas en lo que dicta la doctrina o la misma lógica y la razón.

Así pues, previo a iniciar con el presente análisis cabe recordar que las providencias preventivas en el COGEP se encuentran establecidas dentro de su Libro II, el cual hace referencia a la Actividad Procesal, y dentro de éste en su Título III. Es así que en escasos 10 artículos, el legislador ecuatoriano pretende haber establecido de forma adecuada una regulación relativa a las medidas cautelares para los procedimientos que rige este Código adjetivo, Código que dicho sea de paso tiene ámbito de aplicación sumamente amplio atendiendo al contenido de su propio artículo 1. Es así que en el presente capítulo procederemos a analizar cada parte de los artículos que conforman el Título III del Libro II, relativo a las providencias preventivas, para

así visualizar los errores cometidos por el legislador ecuatoriano y al mismo tiempo ir estableciendo las correspondientes recomendaciones.

4.1 Independencia y Autonomía.

Si bien en el primer capítulo del presente trabajo, en el punto relativo a las características de las providencias preventivas señalamos que la característica fundamental y principal de las medidas cautelares consistía en su instrumentalidad, característica que efectivamente hacía referencia a que la razón misma de la existencia de las providencias preventivas radica en el hecho de que a través de éstas se busca garantizar un resultado judicial, resultado que evidentemente ha de ser dictado en el proceso principal del cual el proceso cautelar efectivamente es instrumental.

Así pues incluso citamos a varios autores para poder establecer y concebir en debida forma lo que debía de entenderse por instrumental, entre los autores citados se encontraba Ernesto Salcedo, el cual nos señalaba:

“Las medidas cautelares son instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas porque su existencia depende de la existencia de un proceso principal al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en éste” (Salcedo, 2005 p. 22).

Es así que resulta evidente que las providencias preventivas y el proceso cautelar en sí mismo tienen el carácter de instrumental, en el sentido de que siempre va a procurar asegurar el resultado de un proceso principal, tanto mas que incluso se ha llegado señalar que la razón de existir del proceso cautelar radica en buscar garantizar el cumplimiento de la resolución que se dicte en el proceso principal.

Sin embargo a pesar de su evidente carácter instrumental, las providencias precautelatorias y el proceso cautelar son independientes del proceso principal, cuestión que viene dada de su propia naturaleza y que como consecuencia provoca el hecho de que las medidas cautelares tengan su tramitación propia, tramitación que evidentemente estará supeditada al resultado que se dicte en el proceso principal.

En el Código Orgánico General de Procesos se reconoce de manera expresa la instrumentalidad de las providencias preventivas, lo cual resulta evidente tomando en cuenta que esta es su característica principal, pero por otro lado desconoce abiertamente la independencia del proceso cautelar respecto del proceso principal, cuestión que se desprende de lo establecido en el primer inciso del artículo 124 del COGEP, el cual nos señala:

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”.(Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

Del texto de la norma citada se puede apreciar que se consideran a las medidas cautelares como una diligencia que se realiza dentro del proceso principal, atentando abiertamente contra la independencia de esta medida en su sustanciación, ya que según la norma citada, las providencias preventivas de secuestro o retención podrán ser solicitadas antes de presentar la demanda o “dentro” del proceso, cuestión que como señalamos anteriormente atenta contra su independencia y la hace parecer como una diligencia procesal cualquiera y que forma parte del proceso principal.

Al respecto resulta sumamente necesario recordar la forma en como se pronunciaba el Código de Procedimiento Civil al respecto, el cual en el inciso primero de su artículo 897 nos señalaba:

Artículo. 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”. (Congreso Nacional, 2005b, p. 187).

Así mismo haciendo referencia a la independencia y autonomía del proceso cautelar podemos observar que en la redacción de la norma del Código de Procedimiento Civil citada se reconocen plenamente estas, ya que prevé que las providencias preventivas puedan ser solicitadas en cualquier estado de la causa, y ya no dentro de esta, dando así a entender que estas medidas y su sustanciación, si bien son instrumentales, cuentan con una tramitación propia, aunque supeditada al resultado del proceso principal, tramitación que dicho sea de paso era mucho más adecuada que la que la actualmente se prevé, ya que incluso establecía un término de prueba, pero sin embargo debo señalar que este punto será tratado con más profundidad posteriormente.

4.2 Competencia y Oportunidad.

En cuanto a la competencia y la oportunidad para interponer, conocer y resolver sobre la solicitud de la providencia preventiva interpuesta podemos observar que en el Código Orgánico General de Procesos en el inciso segundo del artículo 124 nos señala efectivamente cuáles serán estas, es decir, cuál será el juez competente para conocer y resolver acerca de la solicitud de una medida cautelar y cuál es el tiempo oportuno para interponerla, así pues el artículo 124 en su inciso segundo nos señala:

“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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

Es así que, de la norma citada se desprende que la competencia para conocer y resolver sobre la interposición de una medida cautelar recaerá sobre el juzgador que

esté conociendo el proceso principal, todo esto atendiendo a la naturaleza instrumental de dichas medidas y que ya fueron estudiadas, cabe resaltar la especificidad en la que recae el COGEP al atribuir la competencia de manera individualizada y expresa al juez que conozca el proceso principal. Todo esto difiere de manera contundente con lo que anteriormente preveía el Código de Procedimiento Civil, ya que dicho cuerpo normativo derogado establecía en su artículo 898 que el juez competente para el caso de que se interpusiere una providencia preventiva, sería un juez de primera instancia, faltando pues en dicha norma del Código de Procedimiento Civil la especificidad e individualización en la que incurre el COGEP, ya que como señalamos, el juez competente según el Código adjetivo derogado sería un juez de primera instancia cualquiera, el cual era designado mediante sorteo y no como en la actualidad que es estrictamente el juez que conoce el proceso principal.

Adicionalmente, y de igual manera haciendo referencia a la competencia del proceso cautelar, cabe mencionar que conforme lo señala el propio artículo 124 del COGEP en su inciso primero, las providencias preventivas se pueden solicitar aún antes de la presentación de la demanda en el proceso principal es así que en este caso, es decir, en el supuesto en el que existiese una solicitud de una medida cautelar aun antes de que se haya interpuesto el proceso principal, la determinación de la competencia del juzgador que conocerá el proceso cautelar se lo realizará mediante las reglas generales de la competencia previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el propio COGEP, es decir, esta se determinará mediante sorteo en aquellos lugares en donde existan varios juzgadores, o por la fecha de la presentación de la demanda cuando exista un solo juzgador, y es así que consecuentemente el juzgador que ha adquirido la competencia para conocer del proceso cautelar, evidentemente la tendrá también para conocer el proceso principal.

En segundo lugar, y atendiendo a la oportunidad para solicitar la medida podemos observar una gran deficiencia en la que ha incurrido el Código Orgánico General de Procesos, ya que el mencionado cuerpo normativo en el segundo inciso de su artículo 124 no señala lo siguiente:

“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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

De la norma citada se desprende que en la actualidad y según el COGEP, las providencias preventivas se solicitarán por un lado ante el juez que conoce el proceso principal, lo cual ya fue analizado anteriormente, y se podrá solicitar durante el transcurso del proceso en primera o segunda instancia, mas no cuando el proceso se encuentre en casación, cuestión que se desprende de manera casi textual del artículo citado, y que efectivamente consiste en una gran deficiencia por parte del legislador ecuatoriano, ya que no existe razón lógica para que se excluya la posibilidad de solicitar una providencia preventiva cuando el proceso se encuentre en casación. Esta falencia del legislador ecuatoriano pudo haberse prevenido si se hubiese atendido a lo que establecía el Código de Procedimiento Civil en su artículo 898, ya que dicho artículo nos señalaba lo siguiente:

Artículo. 898.- “El secuestro o la retención se pedirá siempre al juez de primera instancia, aún cuando la causa se halle ante la corte superior”.
(Congreso Nacional, 2005b, p. 188).

Del artículo mencionado del Código de Procedimiento Civil, es evidente la posibilidad de solicitar una providencia preventiva durante el transcurso del proceso ya no solo en la primera instancia, si no en segunda instancia o incluso en casación, ya que de la redacción de la norma mencionada prevé que las providencias preventivas se solicitarán ante un Juez de primera instancia aun cuando el proceso se encuentre ante la corte superior, cuestión que evidentemente ya no es restrictiva en cuanto a la oportunidad como si lo es el segundo inciso del artículo 124 del COGEP en cuanto a la oportunidad para solicitar la medida.

4.3 Requisitos del Secuestro y de la Retención.

Para iniciar con el análisis del presente punto, y previo a arribar a la crítica y recomendación correspondiente, las cuales son la finalidad del presente capítulo y de este trabajo en general, es oportuno recordar de manera breve un punto tratado en el primer capítulo de este trabajo, el cual es el relativo a la finalidad que persiguen las providencias preventivas. Así de esta manera debemos recordar lo que al respecto nos ilustra Piero Calamandrei, el cual nos señalaba que las providencias preventivas es una institución del derecho procesal que sirve para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma” (Calamandrei, 1996, p. 56). Es así que atendiendo a lo señalado por Calamandrei, podemos señalar que la finalidad misma de las providencias preventivas esta esencialmente marcada por su carácter de instrumental, en el sentido de que lo que buscan estas medidas es garantizar la ejecución de la resolución judicial que se dicte en el proceso principal, es así que atendiendo a esta finalidad macro que persiguen las providencias preventivas, estas pueden tener dos objetivos específicos, los cuales son: por un lado asegurar el bien sobre el que se va a litigar o se litiga y por otro lado asegurar los bienes que hagan factible el pago de una obligación. Pues bien, una vez señalados los objetivos en concreto que persiguen las medidas cautelares corresponde establecer el error en el que incurre el legislador ecuatoriano al momento de desarrollar los requisitos para que proceda el secuestro y la retención, los cuales se encuentran previstos en el artículo 125 del Código Orgánico General de Procesos, que nos señala lo siguiente:

Artículo. 125.- “Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:

1. Que se pruebe la existencia del crédito.
2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

De la norma citada podemos señalar que los requisitos de procedencia de la retención y del secuestro han sido establecidos de forma anárquica y sin sentido, ya que no se compadece de ninguna manera con los objetivos de las providencias preventivas que fueron ya establecidas y que han sido reconocidas incluso en la doctrina.

Es así que el COGEP en su artículo 125 señala que para que proceda el secuestro o la retención en primer lugar es necesario que se demuestre la existencia del crédito, cuestión que es parcialmente correcta, ya que este requisito, es decir, la prueba de la existencia del crédito, únicamente será necesario cuando se solicite la medida cautelar que esté destinada a precautelar por los bienes del deudor que hagan factible el cumplimiento de una obligación, mas no para cuando se pretenda resguardar el bien sobre el cual se litiga o se va a litigar en el proceso principal, ya que para este segundo supuesto, es decir, cuando se pretenda resguardar la integridad del bien sobre el cual se va a litigar o se litiga se requerirá que se justifique ya no la existencia del crédito, sino que se justifique un fundamento de una pretensión o un derecho aparente.

Así mismo cabe señalar el error en el que incurre el artículo 125 numeral 2 cuando indica de manera conjunta que se requerirá que se demuestre que los bienes 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, este error viene dado efectivamente por desarrollar conjuntamente los requisitos de medidas cautelares que persiguen finalidades distintas, es decir, que por un lado el que se deba probar que los bienes del deudor no alcancen a cubrir la deuda es un requisito de las medidas precautelatorias que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación, mas no de aquellas medidas cautelares que buscan salvaguardar el bien sobre el que se litiga o se va a litigar, ya que en estos casos se requerirá que se demuestre que el bien en cuestión puede desaparecer, deteriorarse, ocultarse o el deudor trate de enajenarlo.

Para finalizar este punto cabe volver a resaltar el error en que a incurrido el legislador ecuatoriano al desarrollar conjuntamente los requisitos de medidas cautelares con finalidades diferentes, ya que como se dijo para aquellas medidas que

buscan asegurar el cumplimiento de una obligación será necesario: en primer lugar probar la existencia del crédito y en segundo lugar que los bienes del deudor no alcancen a cubrir dicho crédito; y para aquellas medidas que busquen asegurar el bien que se va a litigar o se litiga será necesario: en primer lugar demostrar el fundamento de la pretensión y en segundo lugar que el bien o bienes en cuestión pueden desaparecer, ocultarse, deteriorarse o el deudor tratar de enajenarlos.

Evidentemente el error del legislador ecuatoriano no termina ahí, ya que también ha omitido un requisito esencial para la procedencia de la retención, y es que para que esta proceda será necesario además que se determine el nombre de la persona en cuyo poder se encuentra la renta, crédito o bien y además la determinación del lugar en el que se le a de notificar.

4.4 Secuestro de inmuebles.

Previo a iniciar con el análisis del presente punto resulta adecuado y pertinente el recordar lo establecido en el Capítulo segundo de este trabajo, en lo relativo a la legislación nacional y en particular a lo establecido en relación al secuestro, en dicho punto habíamos definido al secuestro como 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 con el objeto de precautelar la integridad del bien sobre el cual se va a litigar o se litiga.

En lo relativo a la finalidad del secuestro debemos señalar que efectivamente el secuestro de manera general persigue la doble finalidad de las medidas cautelares y que ya han sido establecidas en el presente trabajo, es decir, busca tanto precautelar por los bienes que hagan factible el cumplimiento de una obligación como precautelar por la integridad del bien que se va a litigar o se litiga. Así mismo se había señalado que la regla general consistía en que el secuestro iba a recaer sobre bienes muebles, y que por excepción iba a recaer sobre bienes inmuebles, tal como lo señala el artículo 129 del COGEP. Sin embargo y ya entrando en la correspondiente crítica, debemos señalar que

si bien la regla general es que el secuestro recaiga sobre bienes muebles, es abiertamente aceptado la posibilidad de que excepcionalmente recaiga sobre inmuebles, tanto así que incluso el ya derogado Código de Procedimiento Civil preveía la posibilidad de que el secuestro recaía sobre bienes muebles en los siguientes casos: cuando se tema su deterioro o también cuando habiéndose impuesto una prohibición de enajenar el deudor haya procedido a celebrar una escritura de compra y venta en contravención a esta, sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos, que también ha previsto la posibilidad de que el secuestro recaiga sobre inmuebles ha acogido solo una de las posibilidades antes dichas, es decir, que el COGEP, únicamente establece que el secuestro podrá afectar a bienes inmuebles cuando se tema su deterioro, y ya no prevé la posibilidad de que esta medida cautelar pueda proceder sobre inmuebles cuando en contravención a una prohibición de enajenar se haya procedido a celebrar una escritura de compra y venta, cuestión que no tiene razón de ser, ya que no existe un motivo debidamente fundamentado para haber suprimido una de las posibilidades para que proceda el secuestro sobre inmuebles.

Adicionalmente es indispensable el señalar la absoluta falta de técnica jurídica en la redacción del artículo 129 del COGEP, el cual nos señala:

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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 21).

Al inicio de la norma citada podemos observar que se indica de manera sumamente general que se podrá solicitar el secuestro de bienes y sus frutos cuando se tema su deterioro, cuestión que no se compadece para nada con la realidad de esta norma, ya que para comprender y entender plenamente ésta se debe recurrir a su último inciso, al cual ya efectivamente nos habla de la posibilidad de que opere el secuestro sobre bienes inmuebles. Como ya se señaló el legislador ecuatoriano ha incurrido en una absoluta falta de técnica jurídica en la redacción del presente artículo, ya que efectivamente bien podría pensarse, conforme el texto del primer inciso, que este artículo trata sobre el secuestro sobre bienes muebles, el cual dicho sea de paso se encuentra establecido y desarrollado en artículos anteriores como lo son el 124 y 125 del COGEP, y no sobre la procedencia y desarrollo del secuestro de bienes inmuebles.

Para finalizar el presente punto correspondiente a la crítica y recomendaciones al secuestro de bienes inmuebles, según lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos cabe establecer el error en el que incurre la norma y la incertidumbre que en consecuencia genera, ya que el segundo inciso del artículo 129 del COGEP nos señala que la parte afectada por el secuestro podrá oponerse a éste prestando, en el acto mismo caución suficiente, cuestión que como ya mencionamos genera una gran incertidumbre en lo relativo a como determinar la caución correspondiente y en qué momento prestar dicha caución, ya que la norma antes mencionada en ningún momento establece algún tipo parámetro objetivo mediante el cual el juzgador pueda establecer el monto de dicha caución, cuestión que va a degenerar en que este valor sea establecido antojadiza y arbitrariamente por el juzgador, ya que de ninguna manera se prevé un marco objetivo dentro del cual determinar adecuadamente la caución, como si ocurría con el Código de Procedimiento Civil en su artículo 425, el cual nos señalaba que la caución para interrumpir una providencia preventiva dictada en un procedimiento ejecutivo, sería equivalente al valor del crédito, incluidos intereses y costas más el diez por ciento.

Por otro lado en lo relativo a la oportunidad que tiene la persona afectada para prestar la caución, debemos recordar que el segundo inciso del artículo 129 nos indica que ésta deberá prestar en el acto mismo la caución, cuestión que a todas luces carece

de eficiencia práctica, ya que si nos atenemos al tenor literal de la norma, estaríamos ante una situación en la que la persona afectada por el secuestro debería contar con el dinero suficiente en el momento exacto en el que se está llevando a cabo la diligencia del secuestro, cuestión que resulta evidente no tiene ningún sentido práctico, y por otro lado la norma igualmente nos ubicaría en una situación en la que el Juzgador obligatoriamente debería acudir a la diligencia de secuestro del bien, para que así de esta manera pueda establecer el monto suficiente para la caución. Es así pues como se evidencia la absoluta falta de cuidado y conocimiento por parte del legislador al haber establecido de forma tan ilógica y anárquica lo relativo al secuestro de bienes inmuebles y su correspondiente desarrollo.

4.5 Retención.

La retención como providencia preventiva la encontramos establecida en el artículo 125 y está desarrollada particularmente dentro del artículo 130 del Código Orgánico General de Procesos, el cual nos establece:

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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 21).

Como efectivamente se puede apreciar de la norma citada la retención va a recaer sobre rentas, créditos y bienes del deudor, pero que se encuentren en poder de un tercero. Al respecto debemos señalar que si bien la retención es una providencia preventiva que, aunque en lo relativo a la procedencia y requisitos, se encuentre

desarrollada conjuntamente con el secuestro, son esencialmente diferentes, tanto así que como se señaló anteriormente pueden llegar a tener finalidades distintas, ya que la retención solo va a buscar garantizar un crédito, mientras que el secuestro puede buscar tanto asegurar un crédito como también el bien que se va a litigar o se litiga. Pero en definitiva sobre lo establecido en el artículo 130 del COGEP, cabe señalar el error en que incurre el legislador al establecer que la retención va a recaer sobre bienes del deudor, cuestión que no es así, ya que esta providencia preventiva por naturaleza va a recaer sobre rentas, valores o créditos del deudor y que se encuentren en poder de un tercero, mas no sobre bienes, cuestión que es de suma importancia dentro del desarrollo de la retención, ya que al concebir que esta puede recaer sobre bienes estaría situando a aquella tercera persona en una situación sumamente particular, ya que se le estaría obligando a convertirse en una especie de depositario judicial al tener que conservar en su poder dichos bienes, razón por la cual, se vuelve necesario el aclarar esta situación o establecer un marco jurídico para aquella tercera persona en cuyo poder quedarán retenidos los bienes, ya que respecto de ésta persona no se establece mayor regulación que únicamente aquella relativa a la posibilidad de poder impugnar, en el término de tres días, la resolución del Juzgador ordenando de retención.

4.6 Prohibición de enajenar.

La Prohibición de enajenar como una providencia preventiva se encuentra establecida en el artículo 126 del Código Orgánico General de Procesos, el cual nos señala lo siguiente:

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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

Así pues, de la norma citada, podemos señalar que la prohibición de enajenar tiene como efecto que los bienes sobre los cuales haya recaído dicha medida, evidentemente bienes inmuebles, no podrán hipotecarse, gravarse o enajenarse, ya que según el texto del artículo 126 del COGEP, lo que esta medida busca es mantener dichos bienes en poder del deudor para así procurar garantizar el cumplimiento de una deuda, es decir, que si nos apegamos a lo mencionado de manera textual por el artículo 126 la prohibición de enajenar persigue únicamente la finalidad de precautelar el cumplimiento de un crédito, dejando de lado, sin fundamento la finalidad consistente en velar por el bien que se va a litigar o se litiga.

Por otro lado es necesario señalar el hecho de que el legislador ecuatoriano ha omitido abiertamente la posibilidad de que cuando se haya celebrado una escritura de compra y venta en contravención a una prohibición de enajenar judicialmente impuesta se podría proceder con el secuestro el bien inmueble en cuestión, situación que, como se señaló, se preveía en Código de Procedimiento Civil, y que ahora en el COGEP se ha desconocido, ya que como anteriormente señalamos el secuestro de inmuebles procede únicamente y exclusivamente cuando se tema su deterioro.

Para finalizar este punto, el cual es relativo a la prohibición de enajenar, se vuelve necesario el recurrir a los requisitos de procedencia de dicha medida y que se encuentran previstos en el inciso tercero del artículo 126 del COGEP. Dichos requisitos, como ya se dijo, hacen referencia únicamente a una medida cautelar que procura asegurar un crédito, es decir, que dentro del artículo referente a la prohibición

de enajenar se trata a esta medida como aquella que únicamente tiene por finalidad asegurar un crédito, y no el bien que se litiga o se va a litigar, dicha omisión por parte del COGEP de la otra finalidad de la prohibición de enajenar no tiene mayor razón o lógica, ya que efectivamente esta medida cautelar va a perseguir la dos finalidades antes mencionada y solamente la una. Y es por ello que cuando nos habla de sus requisitos nos dice que estos serán: la prueba de la existencia del crédito y la prueba de que el deudor al enajenar dicho bien no tendrá más bienes suficientes para el pago. Sin embargo, y a pesar de los requisitos señalados y que estos hacen referencia a solo una de las finalidades de las providencias preventivas, aún falta un requisito esencial para la procedencia misma de la prohibición de enajenar, el cual es el probar la titularidad del dominio del bien por parte del deudor.

4.7 Arraigo.

Previo a iniciar con el respectivo comentario y posterior crítica a la forma en como el legislador ecuatoriano a plasmado y desarrollado el arraigo como providencia preventiva en el Código Orgánico General de Procesos, cabe recordar lo establecido al respecto de ésta medida en el segundo capítulo del presente trabajo, y es que como habíamos manifestado el arraigo es una medida cautelar de carácter personal, es decir que esta medida va a recaer sobre una persona, afectando su libertad ambulatoria, a diferencia de lo ocurría con el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar, las cuales recaían sobre bienes, que puedan hacer factible el cumplimiento de una obligación o sobre bienes que se vayan a litigar dentro de un proceso principal, del proceso cautelar es instrumental. Esta providencia preventiva se encuentra prevista y escasamente desarrollada en el Artículo 131 del Código Orgánico General de procesos, el cual nos señala:

Artículo. 131.- Arraigo. “La o el acreedor que tema que la o el deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar el arraigo,

siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que la o el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país”.(Asamblea Nacional, 2015, p. 20)

Como se desprende de manera textual de la norma citada, el arraigo va a perseguir una finalidad consistente en evitar que el deudor, que en este caso en particular debe ser necesariamente extranjero, se ausente del País con la finalidad de eludir el cumplimiento de una obligación, es decir que de los dos objetivos generales que persiguen las providencias preventivas y que fueron analizados oportunamente, la figura del arraigo va a perseguir uno de ellos, el cual como se mencionó, es hacer factible el cumplimiento de una obligación, procurando garantizar la presencia del deudor extranjero dentro del País cuando este no cuente con bienes raíces suficientes.

Pero dentro del análisis de esta medida dentro del Código Orgánico General de Procesos, es imperante el señalar el pobre desarrollo que le dio el legislador ecuatoriano, ya que éste pretende establecer una correcta concepción y desarrollo del arraigo en un escaso artículo, cuestión que como es lógico es imposible, y a todas luces inadecuado.

El artículo 131 del COGEP, incurre en una falencia enorme, ya que según los acertados apuntes del Doctor Olmedo Piedra Iglesias en la cátedra de Derecho Procesal Civil, el cuerpo de leyes adjetivas ecuatorianas, no prevé de ninguna manera la forma en como se ha de practicar o ejecutar esta providencia preventiva y tampoco destina artículo o inciso alguno a establecer alguna consecuencia en caso de la contravención al arraigo, cuestión que como se señaló es una falencia monumental, que obliga al juzgador a resolver ésta a través de su criterio personal, cuestión que como resulta evidente es totalmente perjudicial y genera demasiada incertidumbre.

Al respecto es necesario señalar que las falencias en que ha incurrido el legislador ecuatoriano y que han sido manifestadas en el párrafo anterior pudieron ser oportunamente evitadas y subsanadas, si se hubiese observado la regulación que al respecto se daba en el Código de Procedimiento Civil, ya que en este cuerpo de leyes, en sus Artículos 913 y 914 se preveían de manera acertada y expresa la manera mediante la cual se debía practicar el arraigo, y la consecuencia para el caso de

contravención de esta medida, ya que el artículo 913 nos señalaba que una vez justificada la existencia del crédito, el hecho que el deudor es extranjero y la insuficiencia de bienes raíces del deudor en el País, el juzgador debía inmediatamente que se intime al deudor para que no se ausente del lugar determinado por el juez, hasta que se concluya con el respectivo proceso. Y así mismo el artículo 914 del Código de Procedimiento Civil nos indicaba que si se incumplía con el arraigo el juez podría ordenar de manera inmediata la aprehensión del contraventor, para así posteriormente ponerlos a órdenes del juez competente.

4.8 Procedimiento de las providencias preventivas.

El punto relativo al procedimiento al cuál ha de regirse la sustanciación de las providencias preventivas no es un asunto que esté exento del respectivo comentario y crítica dentro del presente trabajo, es más, este punto probablemente es uno de los que mayor comentario genere, por el hecho de que el artículo 127 de Código Orgánico General de Procesos, el cual es aquel que efectivamente hace referencia al procedimiento al que se ha de someter la sustanciación de las providencias preventivas, nos deja con varias interrogantes sin resolver. Así de esta manera es necesario establecer lo que el mencionado artículo manifiesta.

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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

En el artículo citado se puede observar que la solicitud de providencias preventivas a de reunir los requisitos exigidos para la demanda que prevé el artículo 142 del COGEP, cuestión que aunque no lo parezca, merece mucha importancia, ya que de esta disposición, se puede rescatar el carácter autónomo con que cuenta el

proceso cautelar, es decir, del hecho de que se establezca que este proceso a de iniciar con una demanda, se desprende que efectivamente este proceso cuenta con una autonomía e independencia del proceso principal. En definitiva tendrá un cuaderno aparte del proceso principal, aunque evidentemente siempre el proceso cautelar estará supeditado al resultado que se dicte en el proceso principal.

Más adelante la norma nos señala que, recibida la solicitud de providencias preventivas conforme los requisitos del Artículo 142 del COGEP, el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará audiencia en la que resolverá la solicitud, cuestión que genera confusión respecto de dos asuntos, el primero que hace referencia al tiempo en que efectivamente a de realizarse la audiencia y el segundo respecto de a quienes se convocará a ésta, confusión que obedece una vez mas a la falta de cuidado y técnica jurídica por parte del legislador al momento de plasmar las normas, ya que efectivamente la norma no nos deja claro el hecho de que si la audiencia se llevará a cabo en el término de cuarenta y ocho horas de recibida la solicitud o recién se convocará a ésta en el término de cuarenta y ocho horas de recibida la solicitud.

Así mismo la norma nos deja una profunda duda respecto de a quién debe convocar el juzgador a la audiencia en la que se a de resolver acerca de la imposición o no de la medida cautelar solicitada, es decir, se deberá convocar al actor y al afectado, o solamente al actor.

En este punto, y siguiendo lo tratado por el Doctor Olmedo Piedra en su Clase de Derecho Procesal Civil, corresponde analizar los dos supuestos planteados, es decir, se debe considerar las repercusiones de que según el artículo 127 del COGEP, se deba convocar a audiencia únicamente al actor, o por el contrario se debe convocar tanto al actor como al demandado.

En primer lugar, si consideramos que el Artículo 127 nos señala que únicamente se debe convocar al actor a la audiencia, nos estaríamos basando en el hecho de que la norma omite completamente mencionar acerca de la práctica de la citación, para llegar a la conclusión de que el espíritu de la norma consiste en que no se debe contar con el demandado al momento de la sustanciación de la solicitud de la providencia preventiva. Pero al señalar esto, es decir, al establecer que la norma efectivamente no prevé la

presencia del afectado al momento de resolver sobre la imposición o no de una medida cautelar se estaría atentando de manera expresa y flagrante a derechos reconocidos constitucional y supraconstitucionalmente, ya que se estaría afectando de manera directa el derecho a la defensa, contradicción, igualdad de las partes, debido proceso, seguridad jurídica y demás. Consecuentemente la resolución que se dictare dentro de este proceso, en el cual no se contó con la presencia del demandado, tanto así que ni siquiera se le citó, estaría evidentemente afectado de nulidad absoluta por acarrear un vicio insubsanable como lo es el no contar con la presencia del demandado, y el trámite previsto en el COGEP podría ser calificado incluso de inconstitucional por atentar contra los derechos anteriormente mencionados.

Por otro lado, si consideramos que la norma efectivamente prevé la presencia del demandado al momento de resolver la solicitud de una providencia preventiva, estaríamos volviendo al trámite de las medidas cautelares previstas en el COGEP en un trámite sin sentido e impracticable, ya que si se cuenta con la presencia del demandado y consecuentemente se le cita a este con la demanda, se le estaría poniendo en sobre aviso a éste, y en consecuencia se correría el riesgo de que tome las medidas de hecho pertinente para impedir la práctica de la providencia preventiva, volviendo así inútil el trámite previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

Este error tan grave en el que ha incurrido el legislador al momento de establecer un procedimiento tan confuso y sin sentido para la sustanciación de la solicitud de las providencias preventivas, pudo ser totalmente evitado si tan solo se observaba el proceso que adecuadamente preveía el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 902, el cual efectivamente preveía un trámite en el que se contaba con el demandado, en el que se establecía un término determinado para aportar prueba, y en el que apenas recibida la solicitud de la medida cautelar el juez la ordenaba provisionalmente para luego del término de prueba correspondiente confirmarla o revocarla. Así en este sentido el artículo 902 del Código de Procedimiento Civil nos señalaba:

Artículo. 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”.(Congreso Nacional, 2005b, p. 189)

Como se puede apreciar, el trámite que estaba previsto en el Código de Procedimiento Civil, era un trámite adecuado, que permitía a las partes ejercer oportunamente su derecho a la defensa y que respetaba el debido proceso en todo momento, además que, al establecer que el juzgador podía de manera inmediata ordenar provisionalmente la práctica de una providencia antes de citar al demandado, evitaba que este pudiese adoptar medidas de echo tendiente a impedir la práctica de la providencia preventiva.

4.9 Interrupción providencias preventivas.

En este punto, relativo a la posibilidad que otorga el Código Orgánico General de Procesos a la parte afectada con una medida cautelar, para que efectivamente pueda suspender la práctica de dicha providencia preventiva mediante el desembolso de una caución, cabe realizar ciertas puntualizaciones para comprender mejor el tema.

Es así que como ya se había señalado anteriormente, la posibilidad que se otorga al demandado para suspender la práctica de una providencia preventiva, viene dada por el carácter de urgente de dicha medida, razón por la cual y como lo señala incluso la doctrina, el examen que realizará el Juzgador a la solicitud de medidas cautelares, así como a los fundamentos de hecho que motivan a esta solicitud, será un examen muy breve y sucinto, para así decidir sobre la imposición o no de la providencia preventiva, es mas y atendiendo al espíritu del COGEP en lo relativo al procedimiento de estas medidas, se puede observar que este trámite cautelar prevé una sustanciación incluso sin que exista una citación a la parte afectada, cuestión esta última que viene ahondar en la premura del proceso cautelar y que demás está decir es atentatoria de derechos, al punto de llegar a ser considerada incluso como inconstitucional.

Pues bien, al existir esta premura para dictar u ordenar una providencia preventiva, premura que incluso según nuestro COGEP hace que se haya previsto una sustanciación que no cuenta con la parte afectada, es lógico que se le otorgue a ésta la posibilidad de suspender la práctica de una providencia preventiva que fue ordenada en su contra, es así pues que en este sentido el Artículo 128 del COGEP nos señala:

Artículo. 128.- “La o el deudor podrá interrumpir las providencias preventivas previstas en los artículos precedentes, asegurando con caución suficiente”.
(Asamblea Nacional, 2015, p. 20).

Es así pues, como podemos observar de la norma citada, se reconoce de manera expresa a favor del demandado la posibilidad de suspender la providencia preventiva ordenada en su contra. Cabe resaltar que mediante este artículo la posibilidad que se le otorga al demandado es de suspender la práctica de la providencia preventiva, mas no de interrumpir ésta, señalando esto tan solo como un pequeño error de redacción por parte del legislador al momento de plasmar esta norma.

Sin embargo y ya entrando en un análisis un poco más profundo es imperante realizar un análisis similar al que ya se realizó puntos anteriores, más concretamente

en el punto relativo a la posibilidad que tiene el demandado de oponerse al secuestro de un bien inmueble, posibilidad que se encuentra recogida en el artículo 129 del COGEP.

Y es que respecto de lo previsto en el artículo 128 del Código Orgánico General de Procesos, cabe hacer una crítica desde la respectiva de la cuantificación de lo que dicho artículo señala como caución suficiente, ya que dicho artículo al referirse en estos términos a la caución no nos entrega ningún modo objetivo de determinarla o de por lo menos inferirla.

Esta forma en como el legislador ecuatoriano de forma tan ligera nos señala que la caución deberá ser determinada en base a lo que el juzgador considere como suficiente va generar muchísima incertidumbre y por ende dedicaremos este punto a concretar el respectivo comentario y crítica, los cuales como ya se señaló en la introducción a este capítulo, son el objeto que persigue éste, como último capítulo del presente trabajo, a fin de dejar en claro las falencias de este cuerpo de leyes y procurar impulsar la corrección o esclarecimiento de éstas.

De esta manera pues, como ya se señaló anteriormente la norma al referirse a la caución y a su cuantificación únicamente nos dice que esta deberá ser suficiente, cuestión que evidentemente no significa ningún parámetro o marco objetivo y lógico para que así el Juez pueda determinar debidamente el monto al que asciende la caución necesaria para suspender la práctica de la medida, si no que la norma, es decir, el artículo 128 del COGEP, deja a absoluta discrecionalidad del Juzgador el, atendiendo a los antecedentes de hecho, determinar el monto de la caución.

Cabe señalar en este punto la manera en la que en el derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se fijaba la caución cuando la providencia preventiva era impuesta dentro de un procedimiento ejecutivo, es así pues que, igualmente como ya se señaló anteriormente esta regulación se encontraba plasmada en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil el cual nos señalaba:

Artículo. 425.- “El ejecutado podrá hacer cesar la prohibición de enajenar, la retención o el secuestro, consignando en dinero la cantidad suficiente para cubrir la deuda, con más un 10%. El depósito de esta cantidad se hará con arreglo al Art. 196 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”. (Congreso Nacional, 2005b, p. 99).

Como podemos observar en la norma del Código procedimental derogado, antes en los procedimientos ejecutivos se preveía expresamente una manera objetiva y lógica por parte del legislador para que el Juez pueda determinar el monto al que ascendía la caución para suspender las medidas cautelares ordenadas dentro de dicho proceso ejecutivo, cabe añadir que si bien esta regla se encuentra recogida dentro de la regulación relativa al procedimiento ejecutivo, era utilizada en los demás procedimientos de forma análoga, estableciéndose así una forma razonable de determinar la caución para suspender providencias preventivas impuestas para asegurar un crédito, cuestión que en el COGEP no ha sido establecida de ninguna manera, sino que únicamente se ha dejado a discrecionalidad del Juez el determinarla.

Debemos señalar que si bien el hecho de que se otorgue al demandado la posibilidad de suspender las medidas cautelares ordenadas en su contra es total y absolutamente lógico por las razones antes señaladas, pero así mismo es necesario y lógico que la caución exigida para el efecto, es decir, para dejar sin efecto o hacer cesar la práctica de la medida sea establecida de forma razonable y responsable, y no tan solo dejada al criterio y al arbitrio del juzgador, ya que por ahora lo único que genera la regulación del COGEP, relativa a la interrupción de las providencias preventivas, es mucha incertidumbre en cuanto al monto de la caución.

4.10 Caducidad de las providencias preventivas.

Para finalizar este capítulo, el cual tiene como finalidad formular adecuadamente, en base a todo lo aprendido a lo largo del presente trabajo,

comentarios y críticas a la forma en como el legislador ecuatoriano a concebido, plasmado y desarrollado a las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos, nos corresponde en este punto realizar un breve comentario y análisis a la figura de la caducidad de las medidas cautelares según el COGEP, para lo cual evidentemente tendremos que recurrir a lo que nos señala su artículo 133.

Artículo. 133.- “Las providencias preventivas, si no se propone la demanda en lo principal, 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”. (Asamblea Nacional, 2015, p. 21)

De la norma citada efectivamente podemos observar que nuestro legislador ha previsto dos causales para que opere la caducidad de las medidas cautelares, estas causales operarán si es que no se propone la demanda en lo principal dentro de un determinado tiempo, tiempo que se contabilizará ya sea desde que fueron ordenadas las medidas o desde que se hizo exigible la obligación.

La razón de la existencia de la figura de la caducidad dentro de las providencias preventivas responde a una razón lógica, la cual ya fue señalada anteriormente en el capítulo segundo del presente trabajo, y es que efectivamente la caducidad, conforme lo señala Manuel Rodríguez y Angelina Ferreyra tiene una doble razón de ser, es decir la caducidad “ alcanza su justificación por un lado, en la presunción de desinterés que cabe inferir de la falta de actividad procesal del beneficiario de la medida y por otro lado en la necesidad de evitar perjuicios que ésta pueda ocasionar a su destinatario” (Ferreyra y Rodriguez, 2009, p. 183).

Es por ello que conforme las finalidades mencionadas por los autores citados, es lógico que se haya previsto las dos causales que establece el artículo 133 del COGEP, las cuales efectivamente van a buscar establecer una consecuencia al desinterés del actor, y así mismo van a buscar evitar que se prologue innecesariamente

en el tiempo una situación que genera una incertidumbre a la parte afectada. Sin embargo cabe señalar que igualmente atendiendo a las finalidades de la caducidad que señala la doctrina, y que fueron debidamente plasmadas, el COGEP tenía que recoger la causal que en su tiempo establecía el Código de Procedimiento Civil en su artículo 923, el cual nos señalaba que igualmente procedía la caducidad cuando la parte actora no hubiese impulsado el proceso principal durante treinta días, cuestión que es totalmente lógica y que responde a una falta de interés por parte del actor en la causa, y así mismo busca evitar que se prologue innecesariamente una situación que genera incertidumbre a la parte afectada. Sin embargo, y a pesar de que esta causal prevista en el Código de Procedimiento Civil se compadece con las finalidades de la caducidad según la doctrina, en el COGEP, no se incluyó este tercer supuesto para que proceda la caducidad, incluso desatendiendo lo que su propio artículo 5 señala, el cual hace referencia a que el impulso procesal le corresponde de manera exclusiva a las partes, es así pues, que conforme lo señalado era lógico que se incluya esta tercera causal dentro del texto del artículo 133 del COGEP, sin embargo esta no fue incluida.

Pero por otro lado es necesario señalar que erróneamente en el contexto de varias disposiciones del COGEP, se puede observar que el juzgador podría llegar a tener la facultad e incluso la obligación de dar el correspondiente impulso procesal a la causa, lo cual efectivamente es todas luces errado, y responde a una deficiente redacción por parte del legislador en varias disposiciones del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo y atendiendo a este errado contexto que genera algunas normas podría pensarse que la tercera causal prevista en el Código de Procedimiento Civil y que no está prevista en el COGEP, es decir aquella que responde al hecho de no impulsar el proceso principal durante treinta días, no tendría lugar, ya que efectivamente no se podría establecer una consecuencia por la falta de impulso procesal del actor, si es que el juzgador también tendría dicha facultad, es así que conforme este errado contexto que prevé el COGEP, las medidas cautelares no podrían incurrir en este tercer supuesto o causal de caducidad, ya que efectivamente si el actor no le da el debido impulso al proceso, el juzgador debería o podría hacerlo, razón por la cual, incluso se podría señalar que según el COGEP, las causas o los procesos no podían incurrir en abandono. Realizo este último análisis porque resulta necesario el aclarar

esta incertidumbre que generan varias disposiciones erróneamente plasmadas y concebidas, y que dan la idea que el juzgador puede dar el debido impulso al proceso cuando efectivamente no es así, ya que incluso como lo manifiesta el propio artículo 5 del COGEP, el impulso procesal le corresponde de manera exclusiva a las partes.

Pues bien, realizado este análisis resulta evidente que aquella causa de caducidad que consiste en que el actor no le dé el debido impulso procesal a la causa principal durante treinta días debía ser recogido por el COGEP.

Como conclusión del presente capítulo, el cual es aquel referente a críticas y recomendaciones a las Providencias Preventivas en el Código Orgánico General de Procesos, debemos señalar la deficiencia por parte del Legislador ecuatoriano al pretender establecer de manera sumamente sucinta toda la regulación relativa a las medidas cautelares para los procesos que regula el COGEP en tan solo 10 artículos, ya que de lo analizado en este capítulo, el cual es el último del trabajo, debemos señalar que toda la regulación referente a las providencias preventivas ha sido establecida de manera desordenada y muchas veces poco comprensible y práctica, ya que de varias de las normas que integran el Título relativo a las providencias preventivas podemos observar que éstas han sido establecidas sin que exista un apego a lo que la doctrina manda respecto de esta institución del Derecho Procesal, sin embargo no se debe dejar de lado ciertos aciertos que ha tenido el legislador ecuatoriano al momentos de plasma estas medida, y que responden en su mayoría a la observación de lo que establecía al respecto el Código de Procedimiento Civil.

5 Conclusiones.

El presente trabajo tuvo como finalidad el poder comprender la manera en como las providencias preventivas se encuentran concebidas y plasmadas tanto en la doctrina como en la legislación nacional, y más concretamente en el Código Orgánico General de Procesos, es decir que lo que se pretendió a lo largo de este trabajo es desentrañar cada una de las aristas de las providencias preventivas para así poder entender plenamente esta institución del derecho procesal, y así posteriormente poder realizar los comentarios y observaciones necesarias al texto de los artículos que conforman el Título III del Libro II del COGEP, los cuales hacen referencia efectivamente a las providencias preventivas.

- En primer lugar podemos señalar como conclusión del presente trabajo, y después de haber realizado un análisis exhaustivo de las medidas cautelares desde el punto de vista doctrinario, que una de las características esenciales de estas medidas es su instrumentalidad, la cual como se pudo apreciar a lo largo del presente capítulo, 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 legislativa que se realice al respecto estará basada en dicha naturaleza instrumental.
- En segundo lugar como conclusión podemos señalar que a pesar de que en lo relativo a las medidas cautelares existe una rica contribución tanto doctrinaria como legislativa, en nuestro País, y más concretamente en el Código Orgánico General de Procesos, se estableció la normativa referente a las providencias preventivas de manera totalmente anárquica, desordenada e incluso sin un sentido práctico, por lo que a pesar de que existen algunos aciertos dentro de los artículos que conforman el título relativo a las providencias preventivas, existen muchos puntos por mejorar, lo cual se podría lograr ya sea atendiendo lo que la doctrina

dicta sobre esta institución cautelar, observando como otras legislaciones afines a la ecuatoriana han establecido su regulación al respecto, o incluso atendiendo a lo que anteriores cuerpos de leyes dictaban al respecto, como lo que establecía el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

- Finalmente cabe señalar que las providencias preventivas al ser una institución de gran trascendencia en el derecho procesal, e incluso en el derecho en general, por su finalidad la cual ya se ha señalado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, obviamente iba a tener un desarrollo adecuado en cada legislación, y evidentemente la concepción y el desarrollo que se le dé a esta institución cautelar dependerá de su ordenamiento jurídico en concreto y de las convicciones que tengan sus legisladores al momento de concebir éstas; sin embargo es necesario el resaltar el gran trabajo realizado por el legislador de varios Países, como lo puede ser el legislador chileno y sobre todo el colombiano, los cuales y como ya se pudo apreciar en el capítulo respectivo del presente trabajo, han plasmado de manera sumamente adecuada y sistematizada las providencias preventivas en sus respectivos Códigos adjetivos o procedimentales, a tal punto que al realizar la respectiva comparación con el trabajo del legislador ecuatoriano muchas veces este último quedo debiendo en varios aspectos como por ejemplo en la redacción relativa a estas medidas, en la manera como fueron concebidas estas, en su deficiente sistematización dentro del COGEP, y en lo relativo a su parte práctica, es decir, en la incertidumbre que generan muchos aspectos prácticos de las providencias preventivas según el Código Orgánico General de Procesos

- Por último y como recomendación luego de lo estudiado a lo largo del presente trabajo únicamente queda decir que a pesar de que el legislador ecuatoriano ha pretendido establecer en el COGEP una normativa adecuada, sistematizada y coherente acerca de las medidas cautelares, debemos señalar que éste, es decir el legislador ecuatoriano, ha fallado en varios aspecto esenciales de esta institución, lo que ha provocado que varias normas relativas al tema más que significar una directriz relativa a las medidas cautelares, han venido a generar mucha

incertidumbre respecto a éstas, razón por la cual efectivamente surgió la motivación para la realización del presente trabajo, para que así a lo largo de éste, y mediante las enseñanzas que deja la doctrina, los cuerpos normativos tanto extranjeros como nacionales, y mediante las enseñanzas impartidas por el Doctor Olmedo Piedra Iglesias en su cátedra de Derecho Procesal Civil, poder establecer un adecuado comentario y crítica al trabajo del legislador ecuatoriano al momento de concebir y plasmar las providencias preventivas en el COGEP, y así a través de estos comentarios y críticas ir generando las recomendaciones pertinentes para que finalmente se depuren ciertos errores de diversa naturaleza existente a lo largo del título relativo a estas medidas, para así efectivamente poder contribuir, aunque sea en pequeña medida, con un aporte para la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sobre todo en aquellas áreas que abarcan el ámbito de aplicación del Código Orgánico General de Procesos.

Bibliografía.

- Arellano, C. (1987). *Derecho Procesal Civil* (Porrúa). México.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. (C. E. P.). Quito.
- Asamblea General del Legislativo. (1998). *Código General del Proceso* (101st ed.). Montevideo.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos* (Ed. Legales). Quito.
- Blanco, C. (2014). Medidas Cautelares a la Luz del Nuevo Código General de Proceso. In M. Vazquez (Ed.), *Temas Actuales en Derecho Procesal y Administración de Justicia* (Universida, p. 285). Barranquilla.
- Calamandrei, P. (1984). *PROVIDENCIAS CAUTEARES* (Ed. Argentina). Buenos Aires.
- Calamendrei, P. (1996). *Introduccion al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares* (El Foro). Buenos Aires.
- Chiovenda, G. (1954). *Instituciones Derecho Procesal Civil* (Madrid). Madrid.
- Congreso de la República. (2012). *Código General del Proceso* (ESAJU). Bogotá.
- Congreso Nacional. (1902). *Código de Procedimiento Civi* (BCN). Santiago de Chile.
- Congreso Nacional. (2005a). *Codigo Civil* (Ed. Legales). Quito.
- Congreso Nacional. (2005b). *Código de Procedimiento Civil* (C. E. P.). Quito.
- Cornejo, J. S. (2016). El embargo en el COGEP. Retrieved from <https://www.derechoecuador.com/el-embargo-en-el-cogep>
- Corte Nacional de Justicia. (2015). Nuevas Proyecciones del Derecho Procesal. *Diálogos Judiciales, 1*.
- Devis Echandía, H. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Temis). Bogotá.

- Devis Echandía, H. (1998). *Compendio de Derecho Procesal* (Dike). Bogotá.
- Escobar, J. (2014). *Nociones Básicas de Derecho Procesal Civil en el Código General de Proceso* (Unibagué). Ibagué.
- García, E. y García, J. (2005). *Medidas Cautelares* (Temis). Bogota.
- Ferreira, A. y Rodríguez, M. (2009). *Manual de derecho procesal civil II* (Alveroni). Córdoba.
- Marín, J. C. (2006, August). LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO : SU TRATAMIENTO EN ALGUNAS LEYES ESPECIALES, 17,18.
- Ortells, M. (2000). *LAS MEDIDAS CAUTELARES* (La Ley). Madrid.
- Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Tomo III* (C. E. P.). Guayaquil.
- Velasco, E. (2005). Los incidentes y las cuestiones incidentales en la Legislación Civil Ecuatoriana. Retrieved from <https://www.derechoecuador.com/los-incidentes-y-cuestiones-incidentales-en-la-legislacion-civil-ecuatoriana>
- Villareal, R. (2010). *Medidas Cautelares. Garantías constitucionales en el Ecuador* (Cevallos). Quito.
- Volterra, E. (1986). *Instituciones de derecho romano privado* (Civitas). Madrid.

