

Naturaleza jurídica de las providencias preventivas y su tratamiento en el Derecho

Procesal Civil ecuatoriano

Legal nature of preventive measures and their treatment in Ecuadorian Civil Procedural

Law

Miguel Ángel Maldonado Hoyos¹

Elkin Andrés Nole Izquierdo²

Guido Miguel Ramírez López³

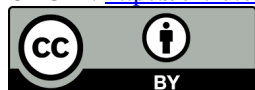
Resumen

Las providencias preventivas resultan de especial relevancia en el proceso civil para asegurar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en su día. Esta institución jurídico procesal ha recibido distintas denominaciones en los ordenamientos jurídicos y en las diferentes materias del Derecho, sin embargo, su esencia es garantizar la efectividad de la justicia, en tanto carecería de sentido discurrir por un proceso hasta su conclusión y que la parte que haya sido favorecida con la resolución judicial no pueda alcanzar objetivamente la realización del derecho. Se utilizó una metodología basada en el estudio teórico jurídico con la aplicación de métodos como el exegético, el histórico lógico, análisis y síntesis. En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina procesal ha desarrollado teorías acerca de la autonomía de las providencias preventivas considerándose en este estudio que, a pesar de la ineludible conexión entre las providencias preventivas y los procesos declarativos y ejecutivos, las primeras poseen su regulación jurídica, objeto, características, finalidad y tipos. Los resultados fomentan el desarrollo teórico de las

¹ Estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Machala. E-mail: mmaldonad11@utmachala.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6768-4975>

² Estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad técnica de Machala. E-mail: eizquierd2@utmachala.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9069-2068>

³ Estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Machala. E-mail: gramirez@utmachala.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9801-1888>



providencias preventivas en el Ecuador, identifican insuficiencias en su concepción como es el caso de la posible discriminación en el arraigo y la confusión generada a partir de disposiciones conjuntas en relación con el secuestro y retención en el Código Orgánico General de Procesos.

Palabras clave: medidas cautelares, providencias preventivas, sentencia, ejecución, proceso civil

Abstract

Preventive measures are of special relevance in civil proceedings to ensure compliance with the judgment issued on that day. This procedural legal institution has received different names in legal systems and in different areas of law, however, its essence is to guarantee the effectiveness of justice, since it would make no sense to go through a process until its conclusion and for the party has been favored with the judicial resolution cannot objectively achieve the realization of the right. A methodology based on legal theoretical study was used with the application of methods such as exegetical, logical historical, analysis and synthesis. Regarding its legal nature, the procedural doctrine has developed theories about the autonomy of preventive measures, considering in this study that, despite the unavoidable connection between preventive measures and declarative and executive processes, the former have their legal regulation, object, characteristics, purpose and types. The results promote the theoretical development of preventive measures in Ecuador, identify insufficiencies in their conception, such as possible discrimination in roots and the confusion generated from joint provisions in relation to kidnapping and retention in the Organic Code General of Processes.

Keywords: precautionary measures, preventive orders, sentence, execution, civil process

Introducción

La decepción que provoca el incumplimiento de la resolución en las personas litigantes a cuyo favor se ha dictado la sentencia es enorme. Esta es una cuestión que no puede pasar desapercibida en ningún sistema jurídico, pues se convierte en una razón más para desconfiar de la actividad de los órganos jurisdiccionales. En ocasiones, la propia lentitud en dar solución a los asuntos causa la desaparición de los bienes que han sido objeto de litigio, convirtiéndose, para el actor que ha ganado el pleito, en una indemnización por daños y perjuicios que no es suficiente para satisfacer sus derechos. Esta es la idea por la que se plantea la necesidad de profundizar en la aplicación de las providencias preventivas, de manera que se pueda contribuir al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del asunto principal.

A los acreedores en cualquier relación jurídica les interesará asegurar su crédito. Todas las personas que acuden ante los órganos jurisdiccionales buscan garantizar el resultado práctico de la sentencia que se dicte en su día porque, en otro caso, no tendría sentido transitar por un proceso judicial y luego, no poder obtener materialmente el derecho. Con las providencias preventivas se busca evitar los posibles daños que pueden ocasionarse como resultado de la imperfección del proceso judicial, o sea, actuar ante el peligro del daño que provocaría el incumplimiento de la sentencia definitiva, teniendo en cuenta, sobre todo, las demoras en la tramitación en que se incurre en los procesos civiles (García, 2005).

Con las providencias preventivas se busca precautelar bienes o activos para que estos permanezcan dentro del patrimonio del obligado y así garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la sentencia que se dicte en el proceso. Este tipo de acto procesal está marcado por su finalidad más que por su denominación, pues el nombre que se le ha dado en las legislaciones del mundo ha sido muy diverso. Constituye un instrumento procesal destinado a

garantizar los derechos que nacen de la relación jurídica procesal y a avalar el resultado del litigio judicial.

El objetivo general de este estudio es analizar la naturaleza jurídica de las providencias preventivas, los fundamentos teóricos y jurídicos en que se sustenta en el proceso civil ecuatoriano, identificar sus características en la doctrina y sus tipos en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2015). Se pretende además favorecer el desarrollo teórico de esta institución jurídico procesal que por su relevancia y significación forma parte de los mecanismos que pueden utilizarse para ayudar a la recuperación de la confianza de los ciudadanos en la justicia ecuatoriana y a la seguridad jurídica de las personas.

Se utiliza una metodología de investigación procedente de las Ciencias Jurídicas, especialmente sustentada en fuentes documentales, que incluyen leyes, doctrina asociada al Derecho Procesal Civil donde se hacen constar los criterios de autores de reconocido prestigio en ese ámbito como Calamandrei (2017), Ortells (1997), Cortés (1997), Montaña (2022). Se aplicaron además como métodos, el exegético para el estudio de las normas jurídicas, el histórico lógico que permitió evaluar la institución jurídica de las providencias preventivas desde el Derecho antiguo hasta la contemporaneidad y el análisis y la síntesis para descomponer y componer el objeto de estudio desde posiciones dialécticas y flexibles.

Desarrollo

Naturaleza Jurídica

Las providencias preventivas no han alcanzado una denominación común, algunos las llaman medidas cautelares, o medidas de garantía o medidas de aseguramiento o de seguridad, providencias preventivas, entre otras. Una cuestión si es uniforme: el concepto encierra un conjunto de actos procesales dirigidos a garantizar las resultas o efectos de un proceso presente o

futuro que puede implicar “la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer, o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral, administrativo y en procesos penales” (Torres, 2011, p. 12). De manera que se estará tratando en este estudio indistintamente, como medida cautelar y como providencia preventiva.

En el Derecho Romano antiguo, se encuentra como antecedente, la *manus eniectio* que consistía en una acción destinada al cumplimiento de la sentencia. “A través de ella el actor tenía que solicitar al magistrado in iure la entrega del deudor para llevarlo a su casa preso, si es que no presentaba un fiador, un vindex, y lo podía tener 60 días” (Escobar, 2014, p. 271). De otra parte, la *per pignoris capionem* era otra institución jurídica en virtud de la cual el solicitante retenía los bienes del obligado, de modo que se presentaba como una ejecución sobre los bienes del deudor aun sin necesidad de sentencia judicial (Volterra y Daza, 1986). Aun cuando procedimentalmente funcionaban de manera distinta a las providencias preventivas que hoy se establecen en el COGEP, existe similitud en cuanto a la búsqueda del cumplimiento de la sentencia y su procedencia a instancia de parte.

La existencia de una demora en la solución de los procesos judiciales constituye un inconveniente para el titular del derecho que reclama la tutela jurisdiccional. Esta misma dilación de los procesos, aun cuando se cumplan los plazos y términos legales en el área civil puede provocar que el demandado realice actos que tiendan a la desaparición de los bienes u objetos del litigio, asuman conductas que dificulten la efectividad del pronunciamiento o hagan imposible el cumplimiento de la resolución judicial. En esta situación radica el fundamento del proceso cautelar que se lleva a cabo en la actividad jurisdiccional, como parte de la tutela judicial efectiva, para asegurar los resultados del proceso principal.

Es precisamente esta naturaleza cautelar lo primero que provocaría una polémica en cuanto a su autonomía y configuración en su relación con los procesos declarativos y ejecutivos. Su vinculación dependiente a un proceso principal y su carácter instrumental ha conducido, en ocasiones, a negar la existencia de un proceso cautelar y a estimarlo como un proceso complementario de los procesos declarativos y ejecutivos. En tal sentido, Ortells (1997) plantea que técnicamente sería un incidente del declarativo y un medio de aseguramiento del proceso ejecutivo. Por su parte, Cortés (1997) que “es imposible la configuración del proceso cautelar como proceso autónomo e independiente, sino que es un instrumento respecto al proceso principal” (p. 10).

Existe una segunda posición que sin desconocer su instrumentalidad de actividad cautelar considera que las providencias preventivas poseen su propio objeto y procedimiento, diferenciándose de los procesos declarativos y de ejecución. Se considera además que las providencias preventivas tienen una pretensión diferente a la que se pide en el proceso principal y ello debe exigir un tratamiento jurídico distinto. En esta vertiente se argumenta que no interesa para reconocer su autonomía el hecho de que el tribunal competente para conocerlas sea aquel donde se va a interponer la demanda del proceso principal o donde ya se está conociendo del asunto.

De lo expuesto en el párrafo precedente se verifica como cierto que las providencias preventivas constituyen una institución de naturaleza procesal que cuenta con todos sus elementos configurativos y ello genera unas reglas procesales diferentes y específicas para pretensiones cautelares. Es decir, existe una relación entre los procesos, pero nada obsta para que se reconozca la autonomía en el proceso cautelar. Esta valoración unida a la existencia de un conjunto de actos procesales que configuran este tipo de proceso cautelar, además de su

importancia, hacen cada vez más relevante a las providencias preventivas dentro del proceso civil para asegurar el cumplimiento de la obligación

En torno al concepto, naturaleza y finalidad de las providencias preventivas se han realizado diversas investigaciones en el orden nacional e internacional. Un resumen de un estudio ejecutado por Zorrilla et al. (2022), en Ecuador, de carácter empírico, por medio del cual se entrevistaron a profesionales que se desempeñan en la práctica como abogados y jueces, da como resultado los siguientes criterios:

(...) Es una medida cautelar previa para asegurar el pago de lo adeudado

(...) Garantizar el cumplimiento de la obligación demandada

(...) Medidas cautelares para asegurar el crédito

(...) Conceder el pedido del actor de asegurar mediante providencias la conservación de la prueba, o del bien mediante el cual se asegura cobrar lo pretendido. Es asegurar las pretensiones. (p. 43)

En el orden doctrinal, Mora (2011) considera que cualquier proceso donde aún no se decide una situación jurídica, tiene un desenlace incierto que puede afectar una pretensión, para esto es que surge la medida cautelar, es decir, su propósito es ayudar a que el derecho pueda conseguir su fin (p. 6). Las medidas cautelares o providencias preventivas no son exclusivas de ninguna materia, en todas resultan fundamentales para asegurar el proceso y su ejecución. Aunque en cada rama del Derecho pueden tener sus particularidades, es indiscutible su trascendencia para la efectividad en cualquier proceso judicial que se precise asegurar el cumplimiento de una obligación.

Como regla general, las providencias preventivas constituyen medios o instrumentos jurídicos accesorios a otro proceso principal y no tienen un fin en sí mismas sino el de asegurar

el cumplimiento de la sentencia que se dicte en su momento. En los procesos civiles, estas pueden solicitarse antes o después de la interposición de la demanda y tienen por objeto asegurar los bienes o mantener las situaciones de hecho que existen al tiempo en que la demanda se establece para de este modo, garantizar la igualdad de las personas en el proceso civil. Esto evitaría que al momento de dictarse la sentencia y disponerse la ejecución, esta se convierta en un acto ilusorio e incumplible.

Para Salcedo (2006), las providencias preventivas son:

Un conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales, antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia, en beneficio del acreedor que fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo firmes. (p. 10)

Con las providencias preventivas se pretende evitar los peligros inherentes a la duración del proceso judicial y sus irregularidades y con ello garantizar desde antes de la interposición de la demanda, la efectividad futura del derecho que se afirma en aquella, previniendo de la frustración del resultado de dicho proceso. Resulta un inconveniente bastante significativo para el titular del derecho que el demandado realice actos o asuma conductas que dificulten o impidan la efectividad del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia estimatoria, llegando incluso a hacerla imposible (Quezada, 2018).

En el Ecuador, las medidas cautelares son reconocidas como providencias preventivas y se encuentran previstas en el artículo 124 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos

(COGEP, 2015). En este estudio se resalta la importancia de dejar establecido que la función de las providencias preventivas va más allá del aseguramiento de la ejecución de la sentencia pues ella implica la garantía de tutela jurisdiccional amplia, que le permita a las partes interesar cualquiera de las medidas cautelares y a los jueces adoptarlas con flexibilidad. Estos precedentes fundamentan la existencia del proceso cautelar como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción. A partir de este presupuesto es que el proceso cautelar tiene cabida y se concibe con la finalidad de facilitar otro proceso (el denominado proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados.

Para Calamandrei (2017), las medidas cautelares no solo permiten la satisfacción de un derecho subjetivo sino también contribuyen al buen funcionamiento de la actividad jurisdiccional y de la justicia. Con el procedimiento cautelar se evita que el deudor o demandado puedan burlar la sentencia dictada. Como puede observarse las providencias preventivas se relacionan con la ejecución de la sentencia y ambas con la efectividad de la impartición de la justicia. Es por ello que existe una estrecha relación entre la tutela judicial efectiva y las providencias preventivas porque estas medidas inciden en el buen funcionamiento del poder judicial.

Al respecto de la tutela cautelar, Calamandrei (2017), ha expresado:

La tutela cautelar explica en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada o sea elevada, por así decirlo al cuadrado; son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a

su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento. (p. 34)

De lo expuesto se concluye que las providencias preventivas constituyen un proceso cautelar que se distingue del declarativo y del ejecutivo, que tiene por objeto la tutela cautelar o preventiva y como mecanismo jurídico procesal asegura la efectividad de la pretensión declarativa estimada en la sentencia y la de su ejecución tributando a la tutela judicial efectiva de los derechos. Dada su instrumentalidad es que se convierte en medio procesal con la función de evitar que se realicen actos tendentes a impedir o dificultar la satisfacción de la pretensión, incidiendo en la esfera jurídica del demandado de manera oportuna, adecuada y suficiente para producir ese efecto.

La tutela cautelar es un derecho que tienen las personas de hacer intervenir al Estado, durante el tiempo que tarde en dictarse la sentencia, para que en el futuro la condena que se disponga por los jueces pueda ser ejecutada. Por tanto, se trata de una institución de naturaleza esencialmente procesal que nace del riesgo que comporta el tiempo de tramitación del asunto en sede judicial, previniendo que el tiempo no devenga en pernicioso para quien reclama en juicio, siendo una acción pura de un derecho que merece la protección judicial.

Características de las providencias preventivas

Desde la doctrina, se ha definido que las providencias preventivas tienen una serie de características, es decir, son instrumentales, provisionales o temporales, restrictivas, urgentes, proporcionales, flexibles y de “inaudita parte” como refiere García (2005), esto significa que las medidas cautelares son instrumentales porque carecen de fin en sí mismas pues estas existen para asegurar otro proceso principal. La instrumentalidad es la característica que distingue las providencias preventivas de otras instituciones jurídicas procesales, por el hecho de que cuando

se solicitan cuando está pendiente un proceso principal quedan vinculadas a la incoación de aquel proceso y de forma similar ocurre si el proceso iniciado se desestima o termina, caso en el cual se extingue la medida cautelar porque perdería su funcionalidad.

Son provisionales porque solo duran hasta que se solucione el conflicto y se dicte sentencia. Esta particularidad se relaciona directamente con su instrumentalidad en tanto ellas son útiles solo por el tiempo que dure el proceso y en tal sentido, tienen una virtualidad limitada en el tiempo. Sus efectos no se extienden más allá del momento en que se dicte sentencia y esta adquiera firmeza pues para este momento procesal es posible realizar otros actos procesales que garantizarían el cumplimiento de la sentencia y, por tanto, no es necesario el mantenimiento de las mismas.

A la instrumentalidad y provisionalidad se le agrega la temporalidad que es un rasgo muy vinculado a los dos primeros. La doctrina ha incluido el carácter temporal para enfatizar que las providencias preventivas tienen una existencia efímera, pues cuando termina el proceso principal se produce el alzamiento y extinción de las mismas. Cuando inexisten los presupuestos o motivos que fundamentan su adopción, las providencias preventivas desaparecen, lo que quiere decir que nacen para extinguirse inmediatamente que se cumple su razón de ser.

Las providencias preventivas son flexibles, en tanto pueden modificarse a pedido de parte, o pueden ser sustituidas, ampliadas o revocadas. Este concepto ha sido tratado como variabilidad de las providencias preventivas y, con ello, se posibilita la modificación de las mismas atendiendo a los presupuestos fácticos que determinan su adopción. Puede aseverarse que esta característica se relaciona con el principio *rebus sic stantibus* que se asienta en la premisa de poder modificar las cláusulas de un contrato cuando el estado de las cosas lo indica necesario. La modificación podrá realizarse siempre que se aleguen y prueben hechos que no

pudieron serlo al momento de su adopción o dentro del plazo para oponerse, serían cuestiones sobrevinientes a la adopción de la medida cautelar o que existían desde antes pero que eran desconocidas.

Son restrictivas las providencias preventivas, según afirma Torres (2011) porque se limitan al objeto del litigio y la ley establece taxativamente cuando se aplican. Las providencias preventivas son urgentes, es decir, de ejecución inmediata por el peligro que puede implicar la demora en su aplicación, además la propia naturaleza del concepto refleja su inmediatez. Son proporcionales porque no se puede ir más allá del fin de asegurar el proceso o la ejecución de la sentencia.

Lo relativo a “inaudita parte” se relaciona con la necesidad de que se apliquen las providencias preventivas a instancia de parte. Esta es una característica fundamental, pues son las partes las facultadas para solicitar la aplicación de la medida antes o durante la tramitación del proceso. La persona demandada no se da por enterada antes de la adopción de la medida, precisamente por el temor de que se pueda frustrar el propósito asegurativo o protector de la medida cautelar, opinión que sostiene (Torres, 2011). Si bien esta característica de “inaudita parte” ha sido criticada por dificultar el paso a la contradicción como principio básico derivado de la igualdad, esta encuentra su fundamento, como se ha expresado, en la necesidad de no ver malogrado el objetivo de aseguramiento.

Providencias preventivas en el COGEP

En el proceso civil ecuatoriano se prevé que, cuando el actor, previo a presentar su demanda o, ya iniciada esta, necesita tomar alguna medida encaminada a garantizar que la cosa que va a reclamar no se extravíe, se dañe o deteriore, se enajene o de algún modo se pierda, este podrá solicitar la realización de alguna providencia preventiva. En el Código Orgánico General

de Procesos en Ecuador (COGEP, 2015) se les ha nombrado providencias preventivas en el artículo 124 al secuestro, la retención, la prohibición de enajenar y al arraigo, mientras en muchas legislaciones en el mundo se les denomina medidas cautelares. Las medidas cautelares existen en todas las ramas del ordenamiento jurídico con similar finalidad, aunque sus tipos y denominaciones varíen (Parrales, 2019).

Las providencias preventivas no son más que un conjunto de acciones encaminadas a garantizar bienes o personas para satisfacer alguna necesidad futura, disposición que puede ser tomada por alguna autoridad, a solicitud de parte legitimada a consecuencia de la sospecha sobre la posible responsabilidad civil, penal, administrativa, laboral o de otra naturaleza de una persona natural o jurídica. Para Vásquez (1997), “las providencias preventivas son medidas de aseguramiento que protegen al acreedor de una deuda frente a su deudor obligado” (p. 3). En la doctrina ecuatoriana como en el resto de la teoría del proceso civil, las providencias preventivas se adoptan para prevenir que se produzca un daño o peligro cuando las circunstancias lo justifiquen, se disponen con carácter provisional y no de forma definitiva y durarán siempre que las circunstancias alegadas por el actor persistan.

La causa fundamental que justifica la adopción de las providencias preventivas es el *periculum in mora* o peligro en la demora, refiriéndose al retardo que comúnmente se produce en el proceso judicial, surgiendo la necesidad de prevenir una situación de peligro o daño futuro que pueda resultar perjudicial, pues en caso de demora, el daño o peligro temido podría hacerse efectivo e irremediable (Torres, 2011). El *periculum in mora* constituye un elemento connatural a cualquier medida cautelar y se configura por los riesgos que atenten contra la efectividad de la sentencia del proceso principal, como pudiera ser la insolvencia del condenado al momento de

dictarse la resolución que resuelve el litigio por el que se reclamaba el pago de una deuda o la tala de los árboles, cuando la condena era entregar el bosque.

Para disponer las providencias preventivas es ineludible que existan situaciones reales y objetivas que determinen la necesidad de imponer alguna medida cautelar. Como segundo requerimiento se exige una urgencia de adoptar tal disposición, pues si no se dispusiera, podría producirse un peligro, un daño o un perjuicio grave para el reclamante y como tercer requisito, se exige que se busque con la limitación impuesta al condenado anticipado, evitar el daño irreparable. Resulta claro que, las providencias preventivas vienen a asegurar el cumplimiento de la sentencia y garantizan al acreedor de una deuda que la obligación adquirida será cumplida en su totalidad (Parrales, 2019).

En los procesos de naturaleza civil en Ecuador, existen varias providencias preventivas que pueden ser solicitadas, de conformidad con lo previsto en el COGEP, tales como: el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar bienes inmuebles y el arraigo.

El secuestro

El secuestro, regulado en el artículo 129 del COGEP es entendido como la aprehensión de los bienes del demandado para hacer efectivo el pago. Este autoriza a ordenar el secuestro de bienes muebles y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. El secuestro tiene como finalidad resguardar los bienes, generalmente muebles para asegurar que la obligación que se disponga en la sentencia se pueda cumplir. Aunque con otras denominaciones como sería el término embargo, esta providencia preventiva es clásica en la producción de efectos en el aseguramiento de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

Como requisitos para que se ordene el secuestro y la retención en el COGEP, en su artículo 125 se contemplan los siguientes:

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.

En cuanto al procedimiento se establece que el juez al calificar la demanda podrá ordenar que se proceda a la aprehensión de los bienes muebles para que luego el demandado pueda pagar o cumplir con sus obligaciones. Se tiene en cuenta en la medida de secuestro que existen bienes que la legislación considera inembargables, tales como los sueldos o aquellos que son imprescindibles para la satisfacción de necesidades básicas como el patrimonio familiar, las pensiones de los jubilados, los sueldos de los uniformados, los uniformes de la fuerza pública, los bienes o utensilios que el trabajador necesita para usufructuar de ellos y poder cancelar la deuda. Existe la excepción en los casos de alimentos pues cuando una persona debe en concepto de alimento se le puede embargar el sueldo.

En cuanto a la procedencia del secuestro, el COGEP dispone la posibilidad de ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. De otro lado, la parte contra quien se disponga el secuestro podrá oponerse prestando en el acto caución suficiente. El secuestro de bienes inmuebles dispuesto se inscribirá en el registro de la propiedad.

Retención

La retención está regulada en el Código Orgánico General de Procesos conjuntamente con el secuestro, de lo que se infiere que el legislador ha considerado cierta similitud entre ambas instituciones jurídicas. En los artículos 124 y 125, de manera conjunta, se describe el tiempo y la forma de presentación de estas providencias preventivas (COGEP, 2015). La esencia de la retención es que se aplica un gravamen a los bienes del deudor para que no pueda movilizar,

usar, disponer, vender, utilizar ni realizar ningún acto que pueda luego provocar el incumplimiento de la sentencia.

Por la retención se obliga a una tercera persona a retener ciertos bienes, créditos o valores y no entregárselos a su legítimo titular o poseedor. Supone la inmovilización de estos bienes y valores por parte de la persona que se encuentra en posesión de estos. En esencia, la retención puede recaer sobre bienes de naturaleza distinta a aquellos sobre los cuales recae el secuestro, es así que la retención debe tener un trato diferente e independiente del secuestro, tanto por el hecho de que pueden recaer sobre bienes de distinta naturaleza, como por el hecho de las personas que intervienen y se ven afectadas y obligadas por esta medida. El artículo 130 del Código Orgánico General de Procesos, expresa:

Artículo 130.- “La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o una tercera 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” (COGEP, 2015).

De ello se deriva la prohibición al retentor de entregar al legítimo propietario los bienes que se encuentren en rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de una o un tercero. Ello se refiere tanto a bienes muebles o semovientes como a dinero u otros valores. Una vez que ha sido ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se deban retener, para que no se los entregue sin orden judicial al legítimo propietario o poseedor. Esta orden podrá impugnarse en el término de tres días, de acuerdo a lo que establece el Código Orgánico General de Procesos. En ambos casos, tanto en el secuestro como en la retención, deben ser solicitados ante el juez de primera instancia, aunque el

proceso esté teniendo lugar en la Corte Provincial de Justicia del territorio que fuere (artículo. 123 del COGEP, 2015).

Prohibición de enajenar bienes inmuebles

En criterio de Cevallos (2019) la prohibición de enajenar es un medio para impedir la libre disposición de ciertos bienes por parte del deudor. En específico funciona, como una medida preventiva establecida en el artículo 126 del Código Orgánico General de Procesos, en la cual establece que 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 (COGEP, 2015).

De modo que existe la posibilidad de disponer la prohibición de enajenación de bienes inmuebles del deudor. El objetivo de esta providencia preventiva es evitar que el deudor pueda realizar actos de disposición, tales como vender, proteger, traspasar, imponer gravamen o que realice cualquier trámite legal sin una orden judicial. La decisión de prohibir enajenar se notificará al registrador de la propiedad, quien está en la obligación de inscribir la prohibición de enajenar el bien, limitando su derecho de dominio. Mientras subsista la inscripción de tal providencia preventiva, no podrán enajenarse, hipotecarse, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para que se pueda disponer tal 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 al acreedor. Refiere el COGEP, que, en cuanto a las providencias de prohibición de enajenar bienes, el secuestro o la retención, el deudor o

demandado podrá interrumpirlas asegurando su obligación con caución suficiente (artículo 128 del COGEP, 2015).

El arraigo

El arraigo constituye la providencia preventiva de carácter personal que consiste en la prohibición de salida del país a una persona y, por tanto, limita el derecho a la libertad. Lo que se pretende con esta medida es ofrecer la seguridad al acreedor o a quien ostente un fundamento de una pretensión, de que el deudor o la persona contra quien se pretende ejercer accionar, se ausente del país sin dejar bienes suficientes dentro de dicho país para que el primero pueda hacer efectiva sus acreencias o sus derechos (Cevallos, 2019). De manera que la persona que posea una obligación pendiente o un compromiso legal con otra persona se le puede prohibir la salida del país siempre y cuando se den los requisitos de ley o se demuestre la presencia de los presupuestos siguientes:

En tales casos, el acreedor teme que el deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, para lo que deberá demostrar la existencia del crédito y que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país.

El artículo 131 del COGEP establece que 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 (COGEP, 2015).

Como puede observarse, el arraigo solamente procede contra extranjeros bajo el peligro de que estos puedan ausentarse del país e incumplir, en definitiva, con la sentencia que se dicte en el proceso. Aunque este precepto podría contravenir algunas normas constitucionales que consagran la no discriminación, el legislador ecuatoriano la ha mantenido bajo la consideración

de que es más probable que un ciudadano extranjero pueda abandonar el país en el momento de que es llamado a cumplir con lo dispuesto en la resolución que se dicte en el asunto principal.

Reglas de procedimiento

Las reglas de procedimiento establecen los actos procesales a través de los cuales puede tramitarse lo relativo a providencias preventivas o medidas cautelares. Refiere el COGEP que “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” (48 horas) convocará audiencia en la que resolverá dicha solicitud. (art. 127 del COGEP). “Las providencias preventivas no resultan apelables”. (art. 132 del COGEP). Dispuesta una providencia preventiva, la parte actora cuenta con el término de quince días para presentar la demanda, caso contrario caducará la misma. En este caso, la o el solicitante pagará los daños y perjuicios ocasionados (artículo 133, COGEP, 2015).

El deudor puede interrumpir las providencias preventivas previo el pago de caución suficiente según lo previsto en el artículo 128 del COGEP. La legislación de la materia prevé específicamente en el secuestro que la persona contra la cual se solicita este tipo de providencia preventiva puede oponerse siempre que preste caución bastante (COGEP, 2015).

Las providencias preventivas caducan en el término de quince días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación si no se interpone la demanda, particular que el COGEP ha estipulado en el artículo 133. También caducan cuando se consigue una sentencia final que resuelva el conflicto, sea que la sentencia acoja o no, las pretensiones del acreedor (COGEP, 2015).

En materia de propiedad intelectual el COGEP ha regulado la aplicación de diligencias preventivas con la finalidad de prevenir que se produzca o continúe la infracción sobre derechos

de propiedad intelectual, o de evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción. Cualquier persona puede solicitar la aplicación de las providencias preventivas, cuando considere que se está infringiendo la ley. En tales casos, el juez de lo civil a instancia de parte y previo informe favorable de la autoridad competente en materia de Propiedad Intelectual, tendrá la posibilidad de disponer que se adopten diligencias preventivas, que serían:

Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción, que comprenderá: 1. La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas; 2. La clausura provisional del local o establecimiento, que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor; 3. El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y su depósito judicial. b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución, según proceda; y, c) El secuestro o la retención; el mismo que podrá ordenarse sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación (COGEP, 2015).

En las acciones relacionadas con providencias preventivas en materia de propiedad intelectual, la demanda principal se establece ante el juez Civil competente utilizándose las reglas correspondientes al procedimiento sumario, de conformidad con las disposiciones establecidas en el COGEP. Estas acciones deben ser aplicadas de forma inmediata para evitar la posible comisión de una infracción o que se prolongue la actividad ilícita en el ámbito de la

propiedad intelectual, no obstante, todavía falta mucho por alcanzar desde el punto de vista práctico para el cuidado de estos derechos a partir de la utilización de las providencias preventivas (COGEP, 2015).

Conclusiones

La actividad cautelar forma parte de los procesos que se desarrollan en sede judicial y se relaciona con la tutela judicial efectiva. La doctrina defiende y asevera cada vez con más fuerza que a través de las medidas cautelares se cumple con una función garantista del aseguramiento de la ejecución de la sentencia y de la efectividad de la misma. Aunque la denominación no es idéntica en todos los países se trata de una institución jurídica destinada a garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en el proceso principal. En el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador se han nombrado providencias preventivas.

Las providencias preventivas poseen su propia regulación, finalidad, características y tipos en el proceso civil ecuatoriano. Constituyen una fórmula mediante la cual se pretende asegurar la eficacia de la sentencia y buscan prevenir que en el período de tiempo que discurre el proceso se realicen maniobras o concurran circunstancias que malogren su resultado. Esta finalidad se puede alcanzar a instancia de la parte interesada quien lo solicita en contra del demandado y previo el cumplimiento de un conjunto de actos procesales prescritos en el COGEP.

La utilización del régimen cautelar, que garantice la efectividad de la tutela judicial que se franquea por el ordenamiento jurídico, constituye una necesidad para el Ecuador en la actualidad dadas las posibles demoras que pueden existir en el proceso judicial. De otra parte, se requiere continuar el estudio de las providencias preventivas, sobre todo en aquellos aspectos que pueden generar desigualdad o falta de contradicción en el proceso, como es lo relativo al no

traslado al demandado sobre la aplicación de la medida cautelar supuestamente para asegurar que este no pueda frustrar el resultado del proceso y, la existencia de una providencia preventiva que solo se aplica a los extranjeros, particular que puede estar provocando discriminación.

Referencias

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento N. 506. <https://www.comisiontransito.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/codigo-organico-por-proceos.pdf>
- Calamandrei, P. (2017). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Biblioteca de derecho procesal. Canopus Editorial Digital Sa.
- Cevallos Gorozabel, E. M. (2019). Las medidas cautelares en el procedimiento civil ecuatoriano. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 1-4. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9079947.pdf>
- Cortés Domínguez, V. V. (1997). *Derecho Procesal Civil*. COLEX.
- Congreso de la República de Ecuador (2005). Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 . <https://www.zonalegal.net/index.php?mod=doc&id=11356>
- Escobar Alzate, J. (2014). *Nociones básicas de Derecho Procesal Civil en el Código General de Procesos* . Ediciones Unibagué.
- García Falconí, J. C. (2005). Las medidas cautelares en materia civil. Página Web. DerechoEcuador.com. <https://derechoecuador.com/las-medidas-cautelares-en-materia-civil/>

- Mora Navarro, M. D. (2011). Determinación de la naturaleza de las medidas cautelares de carácter personal en la legislación ecuatoriana. (Tesis de Titulación). Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/4657>
- Montaño, J. (2022). Las diligencias preparatorias COGEP y su aplicación en el órgano jurisdiccional de la ciudad de Loja. *Journal Scientific MQRInvestigar*, 6(4), 455-473. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.6.4.2022.455-473>
- Ortells Ramos, M. (1997). *Las medidas cautelares y su procedimiento en particular*. 7ma edición. Tirant to blanch.
- Parrales Coello, A. F. (2019). Providencias preventivas y violación a la legítima defensa. (Tesis de Titulación). Pepositorio de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13019/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-330.pdf>
- Quezada Palomeque, P. M. (2018). Las Providencias preventivas en el COGEP, análisis y critica en base al Derecho Comparado. (Tesis de Titulación). Universidad de Azuay. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/8611/1/14278.pdf>
- Salcedo Verduga, E. (2006). Las Medidas Cautelares en el arbitraje. (Tesis de Titulación). Guayaquil. Universidad Católica Santiago de Guayaquil .
- Torres Mendoza, A. (2011). Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso. (Tesis de Titulación). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <https://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/502/1/T-UCSG-POS-MDP-14.pdf>

Vásquez Illescas, P. (1997). Providencias preventivas en el procedimiento civil, análisis y procedimiento. (Tesis de Titulación).

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/10983>

Volterra, E., y Daza Martínez, J. (1986). *Instituciones de derecho privado romano*. Civitas.

Zorrilla Baque, W. A., Paronyan, H., Carrión León, K. E., Cangas Oña, L. X. (2022). Diligencias preparatorias y providencias preventivas según el código orgánico general de procesos.

Revista Universidad y Sociedad, 14(S4), 39-47

<https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3110/3054>