

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

### **El principio de proporcionalidad en el uso de las providencias preventivas en los procedimientos ejecutivos**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada.

**Autor:**

Ximena Fernanda Vélez Castillo

**Director:**

Edgar Geovanni Sacasari Aucapiña

ORCID: 0009-0006-9221-8550

**Cuenca, Ecuador**

2023-03-06

## Resumen

La proporcionalidad es un principio constitucional que se encuentra garantizado a través de la tutela judicial efectiva, esto quiere decir que la Constitución de la República del Ecuador garantiza la proporcionalidad en las medidas judiciales. Las providencias preventivas son medidas de garantía que son ordenadas por un juez y que dentro de un procedimiento ejecutivo tienen la finalidad de garantizar al acreedor para que el deudor cumpla con la obligación que adquirió. En este contexto, la tutela judicial efectiva no solo le protege a quien solicita sino también a quien está siendo sujeto de la medida, por esta razón una providencia preventiva siempre debe ser proporcional. Sin embargo, en los juicios ejecutivos existen casos en los que se puede tornar difícil la interpretación del Art. 351 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en la solicitud de la parte actora como en la decisión del juzgador al momento de otorgar las providencias pueden ser complejas. El presente trabajo de titulación realizará un estudio detallado de cada providencia preventiva presente en el Código Orgánico General de Procesos, complementando con una valoración de posibles casos hipotéticos donde la proporcionalidad puede verse afectada respecto a los distintos criterios de los jueces frente a las problemáticas planteadas.

*Palabras clave:* providencias preventivas, proporcionalidad, procedimiento ejecutivo, principio de proporcionalidad, medidas cautelares

### **Abstract**

Proportionality is a constitutional principle that is guaranteed through effective judicial protection, which means that the Constitution of the Republic of Ecuador guarantees proportionality in judicial measures. Preventive orders are guarantee measures that are ordered by a judge and that, within an executive proceeding, are intended to guarantee the creditor so that the debtor complies with the obligation he acquired. In this context, effective judicial protection not only protects the applicant but also the person who is being subjected to the measure; for this reason, a preventive ruling must always be proportional. However, in executive proceedings, there are cases in which the difficulty of interpretation and the judge's decision at the time of requesting and granting orders can be complex. The present title work will address a detailed study of each preventive ruling present in the General Organic Code of Processes, and an assessment of hypothetical cases will also be carried out where proportionality may be affected with respect to the different criteria of the judges regarding the problems raised.

*Keywords:* preventive orders, proportionality, executive procedure, principle of proportionality, precautionary measures

## Índice

CAPÍTULO I .....	8
GENERALIDADES DE LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS.....	8
1.2 Concepto .....	9
1.3 Características .....	11
1.3 .2 Provisional .....	12
1.4.3 Restrictivas .....	12
1.4.5 Urgentes .....	13
1.4.6 Flexibles.....	13
1.4.7 Operan a petición de parte.....	14
1.4.7 Proporcionales.....	14
1.6 Requisitos Generales.....	15
1.6.1 Verosimilitud de derecho.....	15
1.6.2 Peligro en la demora .....	15
1.6.3 Contracautela .....	16
CAPÍTULO II .....	18
LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.....	18
2.1 Clasificación .....	18
2.1.1 Secuestro.....	19
a. Concepto .....	19
b. Bienes sobre los que recae .....	20
c. Requisitos.....	20
2.1.2 Retención .....	22
a. Concepto .....	22
b. Bienes sobre los que recae .....	22
c. Requisitos.....	23
2.1.3 Prohibición de enajenar bienes inmuebles.....	23
a. Concepto .....	24
b. Bienes sobre los que recae .....	24

c. Requisitos.....	24
2.1.4 Arraigo.....	25
a. Concepto.....	25
b. Sobre quien recae.....	26
c. Requisitos.....	26
2.3 Procedimiento.....	27
1. Como proceso autónomo.....	27
2. Dentro del procedimiento ejecutivo.....	28
2.4 Recursos e Interrupción.....	28
2.5 Las providencias preventivas con relación al procedimiento ejecutivo.....	29
CAPÍTULO III.....	34
De la proporcionalidad como principio que guía las Providencias preventivas en los procedimientos ejecutivos.....	34
3.1 La proporcionalidad, un principio para la aplicación de las providencias preventivas.....	34
3.2 La Proporcionalidad en el Derecho Comparado.....	36
3.3 Falta de proporcionalidad en la ejecución de las providencias preventivas.....	38
3.4 Análisis de Caso.....	41
CONCLUSIONES.....	47
RECOMENDACIONES.....	49
Referencias.....	50
Anexos.....	53

## **Agradecimientos**

Sin duda este trabajo no hubiera sido posible sin saber que Dios me está guiando en cada paso, me doy las gracias a mí misma por saber que soy capaz para terminar todo lo que me propongo. Agradezco a mis padres que sin duda son el pilar en mi vida y también a aquellos amigos quienes saben que fueron de fundamental ayuda para la conclusión de este trabajo.

## Dedicatoria

A mis padres, Rodnny y Ximena, quienes me han brindado siempre la seguridad que necesito para no dudar de mí.

A mi hermana Belén y abuelita Amada, quienes siempre me acompañan en mis errores y celebran mis logros;

A mis amigos cercanos, quienes no dudaron en animarme cuando lo necesitaba.

Y finalmente a mi Gatoño, que no se despegó de mí lado un solo segundo en este proceso.

## CAPÍTULO I

### GENERALIDADES DE LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS

#### 1.1 Antecedentes

Las providencias preventivas, al igual que muchas otras figuras en derecho procesal, nacen en el derecho romano, específicamente aparecen en el desarrollo de la denominada *lex duodecim tabularum* (Lopez Picó, 2019). Las XII Tablas contenían principios referentes la salvaguarda del patrimonio, la autoridad del *pater familias* y la fijación de castigos para las infracciones (Quisbert, 2006).

Es precisamente que dentro del principio correspondiente a la fijación de castigos para las infracciones, es donde primitivamente se incorporan las medidas precautelatorias representadas en una especie de sanciones al deudor.

Estas sanciones a las que se hace referencia aparecen en las figuras de la *manus iniectio* y la *pignoris capionem*, instituciones que al ser parte de las *legis actiones*<sup>1</sup>, se convierten en medios o acciones propias por las cuales quienes se crean asistidos de esta facultad podían reclamar sus pretensiones en el primitivo derecho civil (Díaz, 1964). La *manus iniectio* y la *pignoris capionem* eran los recursos adecuados por los cuales era posible hacer efectiva una sentencia.

Para Escobar Alzate (2014) la figura de la *manus iniectio* que quiere decir “acción de ley por imposición de mano”, se usaba para asegurar que se supla el dicatmen de un juez; esta medida comprendía la aprehensión material que el acreedor hacía de su deudor, a través de esta acción el acreedor le solicitaba al juez la entrega de su deudor para llevárselo preso a su casa durante 60 días, si es que no presentaba un fiador, esta aprehensión únicamente se concede cuando se probaba el hecho de la deuda.

Por otro lado, la *per pignoris capionem* consistía en que el actor solicitaba la retención de los bienes del obligado, por lo que a diferencia del *manus iniectio*, esta medida era de carácter patrimonial, ya que recae sobre los bienes del obligado más no sobre la persona; acertadamente Volterra (1986), señala que la *per pignoris capionem* era “una especie de ejecución sobre los bienes del deudor sin una sentencia judicial” (p.229); por lo que se celebraba extrajudicialmente,

---

<sup>1</sup> Las *legis actiones* corresponden a distintas etapas históricas, cada una de ellas es un *modus agendi* dentro de la evolución progresiva general del proceso romano.



incluso eran reclamadas en ausencia del adversario y se podían tomar la prenda en días inhábiles (Díaz, 1964).

Como hemos mencionado, las medidas cautelares estaban contempladas en la ley romana; y aunque tenían una concepción distinta a la que de hoy en día, mantienen similitud en cuanto al objeto que persiguen, ya que parten de una verosímil situación jurídica conocida como *fumus boni iuris*, aforismo jurídico cuya definición es peligro en la tardanza en la tramitación de un proceso.

A través, de esta síntesis histórica, podemos determinar que las medidas cautelares, se han mantenido en el tiempo compartiendo ciertas características, pues además de operar a petición de parte, buscan asegurar el cumplimiento de una sentencia; no obstante, son distintas en su esencia y procedimiento, pues difieren en este sentido en la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales.

En el transcurso del desarrollo del derecho procesal civil ecuatoriano, las providencias preventivas o medidas cautelares siempre han estado presentes. Actualmente, se encuentran reguladas en el Código orgánico general de procesos y han adoptado la forma de incidentes que se ordena dentro del trámite propio de los procesos ejecutivos, pero también pueden ser un proceso independiente. En el presente trabajo se analizará las providencias preventivas como un incidente supeditado a un proceso principal, el procedimiento ejecutivo.

## **1.2 Concepto**

Antes de empezar a desarrollar el concepto, hay que recalcar que las medidas cautelares, son instituciones sobre la cual no existe en la doctrina un acuerdo sobre su denominación, por lo que en el transcurso de su estudio se le ha conferido un sin número de títulos tales como; *acciones cautelares, procesos cautelares, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas urgentes, providencias conservatorias, medidas cautelares, providencias preventivas*, etc (Villareal, 2009).

Calamandrei define a las providencias cautelares como la “*anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo*”

*de la misma*” (Calamandrei, 2018). Las providencias preventivas se definen por la finalidad que persiguen y como su nombre lo delata, están diseñadas para precautelar<sup>2</sup>.

Desde la doctrina se ha discutido la doble naturaleza de las medidas cautelares, estas son; como un proceso autónomo denominado proceso cautelar o como providencias dependientes de un proceso principal.

En el primer caso, las providencias preventivas pueden ordenarse como un proceso independiente, siendo autónomas, es decir, no forman parte de una solicitud anterior, en este escenario el juez puede ordenar la medida cautelar solicitada siempre y cuando se cumpla con los requisitos que cada providencia amerita sin que haya un juicio iniciado.

En el segundo caso, las providencias preventivas no pueden subsistir por sí solas. Ramiro Podetti indica que para que estas providencias se ordenen debe existir una acción principal, ya que desaparecen en el instante en que se dicta sentencia sobre la cuestión debatida, es decir, deben ser adoptadas dentro de un juicio principal.

En nuestro país las providencias preventivas son incidentes procesales que se pueden adoptar dentro de un juicio, pero también como diligencias preparatorias<sup>3</sup> antes de iniciar un juicio. El Código Orgánico General de Procesos ha optado por la nomenclatura de providencias preventivas y su definición la podemos encontrar dentro del Art. 124 y señala:

*“... 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...”* (Art.124, COGEP).

Las palabras *asegurar el crédito*, son las que en definitiva nos brindan un concepto de las providencias preventivas, ratificando que son medidas que afianzan el cumplimiento de una obligación a favor de un acreedor, ya sea que estas medidas sean dependientes o independientes de una causa principal.

---

<sup>2</sup> Prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un riesgo o peligro. (ASALE & RAE, s. f.- b)

<sup>3</sup> Es un pedido realizado ante el juez para que se practique una determinada diligencia, con el propósito de usar lo actuado en la misma en un futuro juicio (Añazco, 2017)

Dentro del procedimiento ejecutivo, las providencias preventivas pueden ser ordenadas una vez que ya se ha iniciado el proceso, es decir, son dependientes de una causa principal.

La finalidad de que puedan ser ordenadas dentro del proceso responde al objetivo de reforzar el cumplimiento de una deuda, de manera que los bienes o acciones del obligado se mantengan en su patrimonio, con el fin de que se cumpla con el pago de la deuda.

Al respecto, Carnelutti ha señalado que *“El proceso cautelar sirve no inmediatamente, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso”* (Sartori, 2006).

En este sentido, concluimos que en los juicios ejecutivos las providencias preventivas se adscriben al segundo enfoque, procurando asegurar la pretensión de las partes mientras dure la pendencia del proceso principal (Villarreal, 2009).

### **1.3 Características**

Los doctrinarios han reunido una serie de características que deben estar presentes en un proceso judicial en el cual se contemplan medidas cautelares.

Estas instituciones se caracterizan por ser: instrumentales, provisionales, flexibles, se limitan al objeto de litigio, son urgentes, operan a petición de parte y deben ser proporcionales.

#### **1.3.1 Instrumental**

La instrumentalidad quiere decir que carece de un fin en sí mismo, ya que su existencia depende de un proceso principal. Son instrumentales porque se utilizan para asegurar, el efectivo cumplimiento de la sentencia que se dicta en ese proceso (Salcedo, 2005).

Entonces, esta característica quiere decir que son accesorias y están pre ordenadas “a la emanación de una ulterior providencia definitiva” (Calamandrei, 2018). El carácter de la instrumentalidad se fundamenta en la existencia un proceso asegurado, por lo que a través de estas medidas no se va a actuar el derecho en el caso concreto, sino que se va a salvaguardar el derecho. Esto, con la finalidad que se pueda hacer efectiva en su momento, en razón de lo mencionado Salcedo citando a Chiovenda indica que “en la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley” (Salcedo, 2005, pg 22)

Partiendo de esto, podemos decir entonces que esa “otra voluntad de ley” es aquella que en el procedimiento ejecutivo ya se encuentra declarada como tal y la providencia preventiva es un instrumento que está ligado a una resolución judicial que se ordena en el proceso principal sobre el cual se pretende garantizar la obligación.

### *1.3.2 Provisional*

Villarreal (2009), indica que si estas medidas son instrumentales, también son provisionales ya que por su condición en el proceso, subsisten hasta el momento en el que exista una sentencia definitiva que ponga fin al proceso o cambien los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento.

La característica de provisional o temporalidad quiere decir que se limita a dar una solución temporal, hasta que el proceso se resuelva de forma definitiva.

Como ya se dijo, estas medidas al ser accesorias, existen para dar seguridad, por lo que, de manera general, las medidas cautelares per se no suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto.

*“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 ese instante pierde su razón de ser y se agota, por lo tanto, su ciclo vital” (Salcedo, 2005, p24-25)*

### *1.4.3 Restrictivas*

Como su nombre lo menciona, son de aplicación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma según su especialidad el derecho de propiedad, recordemos que el derecho a la propiedad es un derecho de orden constitucional garantizado en la Constitución de la República de 2008.

La restrictividad como lo señala Salcedo, limita la aplicación de las providencias preventivas a los casos taxativamente previstos por las disposiciones legales que las sancionan, en nuestra legislación es el Código Orgánico General de Procesos la norma que contempla y regula las situaciones en las que se puede ordenar las providencias preventivas.

#### 1.4.5 Urgentes

La Real Academia de la Lengua contempla una definición jurídica de urgencia indicando que es “*la inmediata obligación de cumplir una ley o un precepto*” (RAE, s. f.). Así mismo, Salcedo indica que la urgencia viene a ser, la garantía de eficacia de las medidas cautelares (Salcedo, 2005). En efecto, la urgencia existe por la necesidad de disipar el miedo que tiene el acreedor de que el patrimonio de su deudor se vea afectado.

En este sentido, las medidas cautelares deben ser urgentes por el temor que tiene el acreedor de que los bienes con los cuales pretende amparar su derecho de crédito puede no recuperarse, o por el miedo de que el deudor los enajene, esconda o destruya. Es por esta razón que las medidas cautelares tienen que solicitarse y ordenarse con celeridad.

La medida cautelar al ser precautelar deben ser ordenadas con prontitud. En este contexto, la urgencia con la que se ordene las providencias preventivas dependerá del juez, ya que la autoridad tiene que hacer la valoración de la medida, aquí es importante puntualizar y criticar si en realidad el juez realiza una respectiva valoración, ya que, en el ejercicio diario, por la urgencia para solicitarla y disponerlas esta valoración, podría no ser adecuada.

#### 1.4.6 Flexibles

Las medidas cautelares tienden a tener la particularidad de flexibilidad porque se pueden modificar e incluso revocar. En el primer caso, se pueden modificar cuando se solicita al juzgador que se deje sin efecto la medida solicitada y pedir otra; en el segundo caso si el deudor comparece o extrajudicialmente se llega a un acuerdo se puede solicitar al juez que se levante la medida.

La característica de flexibilidad, nos indica que estas pueden sufrir modificaciones al punto que las medidas que fueron dictadas se puedan levantar.

Esta característica permite que el recurrente de las medidas sea sustituido por una mejor garantizando el derecho del acreedor, así también le otorga al deudor la posibilidad de impugnar las mismas para que no se acumulen o le puedan causar afección o posibles perjuicios. (Salcedo, 2005)

#### 1.4.7 Operan a petición de parte

Las medidas cautelares son *inaudita parte*, es decir, se ordenan a petición de la parte interesada. Como lo explica Ernesto Salcedo (2005) en virtud de su carácter urgente, se ordenan sin previa audiencia de la contraparte (*inaudita altera parte*), es decir, sin sustanciación previa 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.

Las medidas precautelatorias al fundarse en el *inaudita alteran pars* hace que su ejecución sea más fácil y segura.

En los procesos ejecutivos no es necesaria la participación de contra quien se le está aplicando una providencia preventiva, esto con la finalidad de evitar que el afectado se entere anticipadamente de la medida y realice actos que le permitan poner a buen recaudo sus bienes. Esta práctica en la mayoría de los litigios ejecutivos resulta eficaz; no obstante, no quiere decir que se vulnera el derecho a la defensa o contradicción del afectado, ya que existe momento procesal oportuno para que se pueda impugnar las medidas, aun así, sigue siendo objeto de análisis más adelante.

#### 1.4.7 Proporcionalidad

La proporcionalidad no solo es una característica de las medidas cautelares, sino que además, es un principio.

Está directamente relacionado con el principio de restrictividad antes mencionado, ya que estas medidas al momento que son solicitadas y ordenadas dentro del proceso ejecutivo deben estar acorde al fin que se persigue. “Lo que equivale a decir, expedidas sólo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal, asegurando los derechos de las partes en el proceso, sus bienes o el resultado final del juicio.” (Salcedo, 2005)

Jenny Escobar, en su libro *Nociones Básicas del Derecho Procesal Civil en el Código Orgánico General del Procesos* indica que existe una regla proporcional de la medida, desde su injerencia mínima en la reparación o satisfacción hasta la sustitución por caución (Escobar, 2014), como se puede observar la proporcionalidad es un principio que debe estar presente en que motivan que se soliciten. Este es un principio que se analizará a profundidad en la tercera parte de este capítulo.

## 1.6 Requisitos Generales

### 1.6.1 Verosimilitud de derecho

Este término hace referencia al aforismo jurídico *fumus boni iuris*, cuyo significado es humo de buen derecho. El *fumus boni iuri* hace referencia a la expectativa jurídica que se pretende tutelar entendiendo que se tiene una gran probabilidad de éxito y que en la resolución final se reconozca el derecho.

Como lo menciona Salcedo, las medidas cautelares no exigen al juzgador un examen de certeza sobre la existencia del derecho, sino que es suficiente con que exista una expectativa jurídica (Salcedo, 2005). En este sentido el propósito de la medida es tutelar la eficacia de la sentencia, este criterio es lógico, ya que no es necesario demostrar en sí la certeza del derecho en un proceso cautelar.

En el procedimiento ejecutivo la verosimilitud del derecho se demuestra, cuando al momento de presentar una medida precautelar dentro de este proceso, el título ejecutivo posee mérito ejecutivo y ya contiene un derecho declarado.

Al exigir el cumplimiento del mismo, ya existe una justificación suficiente para que el juez apruebe la medida cautelar en contra del obligado; sin embargo, la administración de justicia, en la práctica, solicita que las medidas sean acompañadas de prueba documental. En este sentido las solicitudes de providencias preventivas deben acompañarse con documentos públicos que demuestran que el bien materia de cautela es propiedad del deudor u obligado. De la misma manera ya sea que la solicitud de providencias preventivas se presente antes o en medio de un proceso ya iniciado, es necesario de esta prueba instrumental para justificar la apariencia del derecho.

### 1.6.2 Peligro en la demora

En las providencia preventivas, este requisito es de gran importancia, pues como lo menciona Ferreyra “El peticionante debe demostrar la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o situación de peligro del derecho que se invoca *periculum in mora*, es conocido como el temor fundado de sufrir perjuicio” o “daño irreparable” (*Ferreyra y González - Teoría general del proceso. Tomo I - pdf Docer.com.ar, s. f.*).

En el procedimiento ejecutivo al ser un procedimiento diseñado para la celeridad del trámite su mayor prioridad es asegurar el cumplimiento del crédito por lo que para salvaguardarlo las medidas cautelares deben ser urgentes e inmediatas. La orden y ejecución de estas medidas deben ser cumplidas con la mayor rapidez posible por el riesgo que ya hemos mencionado. No obstante, debemos dejar claro que el peligro en la demora debe ser actual, real y objetivo, no se puede basar en un simple miedo a que la pretensión principal no se cumpla.

La doctrina entiende que esta característica debe ser probada cuando se solicita las medidas cautelares, sin embargo, en el caso de los títulos ejecutivos no es necesario probar la existencia del derecho porque el mismo se encuentra respaldado en un título ejecutivo y el peligro en la demora se demuestra en la resistencia del obligado para cumplir con su obligación, esto está claramente en segundo inciso del Art 351 del Código Orgánico General de Procesos.

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que el principio del *periculum in mora* procede aplicar en las medidas cautelares cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo inminente y grave amenace con violar un derecho o viole un derecho.

### *1.6.3 Contracautela*

Podetti , indica que “la contracautela es caución, prevención o precaución que importa la aceptación jurídica de seguridad, vale decir la seguridad que otorga una persona a otra que cumplirá con determinada prestación u obligación” (Podetti, 1956).

Como lo explica el autor, la contracautela es un contrapeso ya que como se mencionó, las providencias preventivas son solicitadas a petición de parte y subsisten mientras el proceso principal se sustenta. La contracautela es una característica que tiene la particularidad salvaguarda; por ejemplo en el caso de que se hayan ordenado medidas cautelares y en sentencia se declare sin lugar o se desestime la causa principal y que como consecuencias de las medidas cautelares hayan causado un detrimento, la contracautela entraría a cubrir este perjuicio.

Por lo expuesto, la contracautela viene a ser una especie de salvavidas en forma de que garantiza eventuales daños y perjuicios si es que llegara a declararse sin lugar el derecho por el cual se creía asistido el actor, por lo que el propósito de la contracautela según Salcedo es asegurar la satisfacción por parte del actor del derecho de indemnizar al demandado en este caso deudor, sujeto pasivo de la medida cautelar que se haya adoptado o vaya adoptarse si a la postre se demuestra que la medida se otorgó ilegítimamente (Salcedo, 2007). Sin embargo en la



doctrina hay autores como Ferreyra y Gonzales que indican, que más que un presupuesto de procedencia de las providencias preventivas la contracautela constituye más bien un requisito para la traba efectiva de esta (*Ferreyra y González - Teoría general del proceso. Tomo I - pdf Docer.com.ar*, s. f.).

## **CAPÍTULO II**

### **LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) entró en vigencia en mayo de 2016, y con él se instaura un cambio radical en el sistema de justicia que viene dado, principalmente, por la proscripción de un sistema fundamentalmente escrito el cual es reemplazado por la oralidad como principio rector en la sustanciación de los procesos de conformidad con el artículo 4 de la norma ibidem.

Sin embargo, no sólo la oralidad fue el cambio introducido por el COGEP, también los procedimientos a través de los cuales se tramitan las causas sufrieron modificaciones. Tal es así que, el COGEP introduce modificaciones importantes en el procedimiento ejecutivo contenido en su título II, capítulo I, siendo una de ellas las providencias preventivas o conocidas también como medidas cautelares.

Por su parte, las medidas cautelares dentro del procedimiento ejecutivo constituyen una facultad que posee el acreedor a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación contenida en un título ejecutivo y que, de ser solicitadas por el accionante, pasan a formar parte del proceso principal. Estas pueden ser solicitadas antes de presentada la demanda, en el acto de proposición (demanda), o durante la tramitación de la causa una vez iniciado el procedimiento ejecutivo, tal como lo señala el artículo 124 del COGEP. En este punto, es menester recordar que el procedimiento ejecutivo, al ser un proceso declarativo, y que contiene una obligación de dar, las medidas preventivas actúan en calidad de garantía del cumplimiento de la obligación ya contenida en un título ejecutivo, por lo que quedaría a criterio exclusivo del juzgador analizar la procedencia y correspondencia de la medida solicitada.

En este capítulo, analizaremos cómo el Código Orgánico General de Procesos regula las providencias preventivas dentro del procedimiento ejecutivo y su aplicación práctica. .

#### **2.1 Clasificación**

El Código orgánico general de procesos (COGEP) es la normativa procesal que regula las providencias preventivas, estas se encuentran ubicadas en libro segundo de la norma mencionada, dentro de este libro en el título tercero, encontraremos disposiciones respecto a su clasificación, procedimiento, interrupción, clasificación y recursos.

### 2.1.1 Secuestro

#### a. Concepto

El secuestro es la medida cautelar que legalmente permite despojar temporalmente a una persona de un bien con la finalidad de mantenerlo en su patrimonio para tener la seguridad del cumplimiento de una obligación.

Couture la define como, “una medida cautelar que consiste en la aprehensión judicial y depósito de la cosa litigiosa o de bienes del presunto deudor, a fin de asegurar la eficacia del embargo y eventual resultado del juicio” (Couture, 1995).

Como bien lo indica Couture, esta medida cautelar actúa cuando existe una obligación, en general una obligación de dar<sup>4</sup>, de forma que se puede expropiar de las manos del deudor la cosa litigiosa o bienes que aunque no están en litigio pero que cubren la obligación.

Una vez que el bien determinado se secuestra, debe ser entregada a un depositario judicial<sup>5</sup>. El depositario Judicial es la persona que a través de una orden judicial está encargado del custodio de los bienes hasta que la pretensión principal que dio origen al secuestro se resuelva.

La idea de guardar un bien a través de un tercero que lo custodia tiene la finalidad de que el deudor conserve su patrimonio para que el acreedor le pueda cobrar.

En la legislación ecuatoriana podemos encontrar el secuestro regulada en el Art. 129 del COGEP, la norma nos indica que:

---

<sup>4</sup> Art. 1564.- La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

<sup>5</sup> Art. 391.- ( Depósito judicial. Realizado el embargo, la o el depositario judicial será custodio de los bienes embargados, los mismos que serán trasladados al lugar que determine la o el depositario, dichos bienes quedarán bajo su responsabilidad...)

*“Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos 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.”* (COGEP, Art. 129, 2015)

Ahora bien, la primera parte del artículo nos indica la definición del secuestro que se comparte con lo que los autores mencionan, los bienes determinados se guardan para evitar que estos pierdan su calidad, más adelante, el deudor sujeto de la medida puede contradecirla si rinde caución suficiente, es decir comparece garantizando el cumplimiento de la obligación a través de fiadores o con otra medida.

#### *b. Bienes sobre los que recae*

El secuestro generalmente se ordena sobre bienes muebles y es la regla general, pero también puede recaer sobre bienes inmuebles, y el inciso tercero del mencionado taxativamente nos indica que estos además deben inscribirse en el Registro de la Propiedad y aunque el secuestro de bienes inmuebles es una medida excepcional el Código Civil (En adelante C.C.) en su Art. 2160 indica *“El secuestro de un bien inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes del mandatario y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”* (Art. 1260, CC, 2005) estableciendo las facultades y deberes del secuestro, ahora bien hay que puntualizar que el secuestro de bienes inmuebles al ser excepcional el Cogep contempla una única posibilidad y es que esta medida solo se podrá ordenar sobre estos bienes cuando se tema su deterioro, razón por la que se diferencia de una prohibición de enajenar.

#### *c. Requisitos*

Esta medida es ordenada por la autoridad competente que es el juez, quien una vez analizado el proceso lo solicitado emitirá una boleta de secuestro.

Como lo señala el Art. 124 del COGEP el secuestro puede ser solicitado en la demanda o en cualquier momento del proceso hasta antes de la sentencia, e incluso antes de que se inicie un proceso; en este sentido, en la práctica, una vez que se admite la demanda con ella el juez

debería hacer un proceso analítico corroborando la autenticidad del título ejecutivo en este caso y del bien mueble que se solicita.

El Art. 125 del Cogep señala los requisitos para la procedencia del secuestro y retención, no obstante este artículo viene a ser una especie de requisito general para que las providencias preventivas puedan ordenarse y son dos: *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 enajenar*". (Asamblea, Nacional 2015, Art.125)

En la práctica, y basado en la experiencia a la demanda o dentro de la causa, en la solicitud de providencia preventiva, se debe adjuntar el documento público que avale que el legítimo dueño del bien que se presente secuestrar le pertenece al deudor. Generalmente, si se solicita el secuestro de un vehículo, se debe adjuntar al Certificado Único Vehículo (CUV) según el criterio del juez puede solicitar que además se adjunte un certificado de gravámenes del Registro Mercantil para corroborar que el bien no se haya enajenado en los últimos meses. En la práctica, los jueces solo otorgan validez a estos certificados cuando no sobrepasan el mes desde que fueron emitidos para que tengan validez.

Este punto, también es objeto de análisis respecto a estas instituciones públicas que otorgan dichos certificados, pues al no estar administrativamente centralizados y encontrarse bajo la dirección del Gobierno Provincial, hay un gran problema, puesto que al gravarse esta medida preventiva en el Registro Mercantil de cada provincia, deja de ser confiable este certificado, de tal suerte que la persona que se encuentra realizando la búsqueda de bienes no estará totalmente segura del certificado de gravámenes hasta que se haya hecho una búsqueda en todos los registros Mercantiles del país, tornándose difícil en la práctica llevarse a cabo esta medida si es que se diera uno de estos particulares.

Una vez que se reúnen los requisitos solicitados dentro la solicitud se debe incluir además el depositario Judicatura, que es la persona encargada de guardar el bien secuestrado para solicitarlo, se puede proponer el nombre de un depositario en este sentido en la solicitud de medida preventiva se deben incluir los siguientes datos: como nombres completos, el domicilio, número de celular y correo electrónico.

Una vez que el juez ordena el secuestro y acepta al depositario judicial recomendado, se procede a emitir la boleta de secuestro. Las boletas de secuestro es el documento judicial que con sello y firma del secretario del juzgado contiene la orden del juez de que el depositario pueda despojar del dueño del vehículo que el deudor para llevárselo, en este caso se lo realiza junto con el policía el cual es funcionario habilitado que junto con el depositario para llevar a cabo esta diligencia, una vez que se pone en recaudo el vehículo secuestrado, este se lo lleva a un depósito vehicular en donde queda en custodia del depositario.

### 2.1.2 Retención

#### a. *Concepto*

La retención es otra providencia preventiva que se encuentra recogida en el COGEP y se encuentra estrechamente relacionada con el secuestro, tanto es así que nuestra normativa la regula en el mismo Art. 124 que habla del secuestro, no obstante existen diferencias sustanciales que podremos contrastar más adelante.

Cabanellas define a la retención como: “La facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión o tenencia de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella o de algo conexo. No configura privilegio crediticio, sino una prenda, constituida unilateralmente al amparo de la potestad reconocida por la ley y que se considera con amplitud en la denominación completa de derecho de retención”(Cabanellas, 2003).

Esta providencia ha tenido tanto desarrollo doctrinario como el secuestro Esta es una providencia que es solicitada por el acreedor para que recaiga sobre los bienes del deudor, pero que se encuentran en posesión de un tercero, estos bienes son créditos; de forma que se solicita al Juzgador que ordene que el tercero retenga estos bienes.

#### b. *Bienes sobre los que recae*

El Art. 130 del COGEP, señala:

*“Art. 130.- Retención. 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.”*

Esto quiere decir que la medida cautelar de retención recae en definitiva sobre créditos que son propiedad del deudor, pero que se encuentran en manos de una tercera persona, por lo que, esta tercera persona bajo orden del juez debe retener dichos bienes.

Es así que estos créditos quedan en custodia de la tercera persona para que no se entregue al deudor que es el dueño o titular, sin que intermedie una orden judicial, pues la finalidad de la retención es resguardar los bienes, créditos, dineros o valores con los que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de su obligación.

### *c. Requisitos*

Esta se puede solicitar siempre y cuando dicha solicitud se acompañe de pruebas que demuestren que estos bienes, créditos, valores o dineros son propiedad del deudor.

A Través de una entrevista que se realizó a la Dra. Diana Toledo, Jueza Multicompetente de lo civil de primera instancia en el cantón Gualaceo, nos supo indicar que la retención es una medida que no suele solicitarse con frecuencia es más nos indicó que la retención y el arraigo son medidas cautelares que no suelen llevarse a cabo porque implican complejidad, puesto que el problema es determinar si posee o no fondos en las cuentas.

En la práctica para poder solicitar la retención de cuentas del deudor, es necesario; primero conocer en qué instituciones del sistema financiero posee una cuenta activa el deudor, si se desconoce el número de la cuenta o si posee alguna cuenta en uso, el acreedor dentro del proceso ejecutivo tiene la posibilidad de solicitar al juez que ordene a las instituciones financieras informar las cuentas activas del deudor, una vez que exista respuesta de estas instituciones y de existir cuentas activas, el segundo paso sería solicitar la retención del dinero, para lo cual el juez ordena lo solicitado lo que implicaría que la cuenta del obligado se quedaría congelada y la responsabilidad de resguardar es de la institución financiera; si es que los oficios fueron contestados con la negativa, de que el deudor no posee cuentas activas, esta medida no podría llevarse a cabo o, por el contrario, que no posee fondos, se tendría que recurrir a búsqueda de más bienes del deudor para poder aplicar otra providencia preventiva.

### **2.1.3 Prohibición de enajenar bienes inmuebles**

a. *Concepto*

La prohibición de enajenar, es una medida preventiva que se usa para privar de la libre disposición de los bienes inmuebles de los que el deudor es dueño. Cabanellas define esta providencia preventiva como “Restricción que por convenio o institución unilateral impide la transmisión, a título oneroso o gratuito, del bien a que se refiere” (Cabanellas de Torres & Cabanellas de las Cuevas, 2008). Nuestro código define a esta medida preventiva en el Art. 126:

**Art. 126.- Prohibición de enajenar bienes inmuebles.** *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.*

Como podemos deducir de la definición de Cabanellas antes señalada, esta providencia preventiva lo que busca es que el bien sobre los cuales haya recaído dicha medida, no puedan hipotecarse, gravarse o enajenarse, pues el objetivo de la medida es impedir que el deudor transfiera la propiedad de sus bienes a favor de otra persona. En ese sentido, lo que se pretende es restringir al obligado de sus derechos a la disposición de su bien, pero siguen intactos su derecho al uso y goce.

Si analizamos de manera textual el Art.126, la norma pretende precautelar el cumplimiento del crédito, más no al bien que se va a litigar o que es materia de litigio, queda para esta medida en un plano secundario.

b. *Bienes sobre los que recae*

El Código Orgánico General de Procesos en el Art. 126 establece, que en definitiva recae sobre bienes inmuebles, muebles y créditos del obligado que no ha honrado con sus deudas y por lo cual se ha iniciado una acción judicial. Como el nombre de la medida lo indica, esta providencia recae, sí puede recaer sobre bienes inmuebles que son propiedad del deudor, pero también sobre los señalados.

c. *Requisitos*



A pesar de la exigencia con la que se debe cumplir los requisitos generales contemplados en el Art.125 del Cogep también se debe contar con estos son la existencia de un crédito y la prueba de que el deudor al enajenar dicho bien no tendrá otros bienes que sean suficientes para el cumplimiento de la obligación, en esta medida preventiva en específico es importante que cuando se realice la solicitud al juez se pueda demostrar que titularidad del dominio del bien le pertenece al deudor.

En la práctica la medida puede ser solicitada con la demanda o en el proceso hasta antes de la sentencia, o antes de la presentación de la demanda, mediante una la solicitud que necesariamente debe acompañarse del certificado del registro de la propiedad donde avale que efectivamente el dueño del bien que se presente gravar es del deudor. Una vez que el juez concede y ordena la prohibición de enajenar mediante providencia, el juez ordena la inscripción en la misma en el Registro de la propiedad, una vez que la medida está inscrita solo podrá ser revocada una vez que el deudor presente caución o realice una de las formas de existir la obligación pendiente con su acreedor, para que se levante la medida.

Ahora bien, es en unos de esta medida preventiva mucho más controversiales que otro, puesto que la norma faculta la solicitud con el parámetro antes mencionados, no obstante no existe límite alguno encuentro al monto del bien que se pretende enajenar siempre y cuando sea suficiente para que rinda garantía del crédito que se está sustanciando en el trámite principal, es aquí donde en el siguiente capítulo se hará un análisis al respecto a la manera de que el juzgador mediante los requisitos y ejercicio de análisis y lógica dispone y ordena la ejecución de la medida.

#### **2.1.4 Arraigo**

##### *a. Concepto*

Para realizar el correcto análisis es importante recurrir a Cabanellas quien en su definición jurídica indica que *“El arraigo en juicio es la obligación, impuesta en ciertos casos al litigante, de afianzar su responsabilidad o las resueltas del juicio.” (Cabanellas, 2003).*

Esta medida se encuentra prevista en el Artículo 131 del Código Orgánico general de procesos, el cual establece:

*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.*

Como podemos deducir estas definiciones, el arraigo es una medida cautelar que, una vez dictada por el juez, evita que la persona demandada, se ausente del país de forma que está obligado a cumplir con la obligación de la causa principal. En este contexto es importante resaltar que la lectura literal del artículo 131 COGEP es una medida exclusiva para los extranjeros que serían los deudores obligados. Una vez que establecimos que esa es una medida que se puede solicitar para un extranjero, surge la duda si es posible esta providencia preventiva cuando el obligado es ecuatoriano y existe el riesgo de que se ausente del país.

En este caso, al realizar el análisis respectivo puedo inferir que existe cierta falencia en la norma, ya que el juzgador tiene la facultad de resolver y ordenar esta medida cuando se le solicita bajo su criterio personal discrecionalmente y bajo su arbitrio.

#### *b. Sobre quien recae*

Esta es una medida de carácter personal, por lo que a diferencia de las tres medidas antes analizadas que son de carácter patrimonial como, el secuestro, la retención y la prohibición de enajenar recaen sobre bienes, el arraigo es una medida que suspende el derecho a la movilidad ambulatoria del obligado, limitado su libertad de movimiento, esto es de forma similar a la prohibición de salida del país.

#### *c. Requisitos*

Como lo indica el artículo en mención, son tres los requisitos necesarios para proceder con el arraigo, estos son: en primer lugar, demostrar la existencia de un crédito como nos hemos referido en el desarrollo de esta tesis, dentro del procedimiento ejecutivo es necesario que al momento de solicitar la medida preventiva se haya ya iniciado el cobro del título de crédito. El segundo requisito es demostrar que la o el deudor sea extranjero, esto lo podemos justificar solicitando al juez que se oficie a la jefatura de migración, para que se emita una respuesta con la repuesta de la nacionalidad de la persona que será sujeto del arraigo.

Una vez con la respuesta de la oficina migratoria, el tercer requisito es indicar que no tiene bienes raíces suficientes que respalden su obligación, lo cual como hemos señalado anteriormente se puede obtener con un certificado de bienes emitido por el Registro de la propiedad.

Cuando se reúnan los requisitos habilitantes, entonces ya sea con la demanda o mediante escrito, se puede solicitar al juzgar el arraigo del extranjero deudor. El juez emitirá la orden de arraigo y emitirá un oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores con la notificación de la medida en contra de la persona obligada.

En este sentido, también queda duda en cuanto a la práctica como la manera expresa de llevarse a cabo y la consecuencia de la contravención a la medida, lo cual haciendo un análisis comparativo con el anterior código de procedimiento civil si se dictaba y regulaba la manera de llevarse a cabo; en este sentido queda incertidumbre de su practicidad, también queda la duda de que pasa cuando el obligado es ecuatoriano. La Dra. Lineth Boada, supo comentar al respecto, que esta es una medida que no se realiza, es más que en su juzgado desde la vigencia del COGEP no ha tramitado ninguna.

## 2.3 Procedimiento

### 1. *Como proceso autónomo*

Las providencias preventivas son solicitadas antes de iniciar un procedimiento judicial. 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 este sentido, en el artículo citado se puede observar que la solicitud de providencias preventivas, más allá de reunir los requisitos exigidos para la demanda según lo que prevé el artículo 142 del COGEP, se revela que las providencias preventivas pueden ser un proceso autónomo.

Un 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.

La cuestión referida genera confusión en 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 esta, confusión que obedece una vez más 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 esta 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.

## 2. *Dentro del procedimiento ejecutivo*

En el juicio ejecutivo contempla que en el art. 351 del Código Orgánico General de Procesos señala claramente que *“si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda”*, por lo que dentro de la demanda en los procedimientos ejecutivos, las medidas cautelares pueden ser solicitadas como a través de un apartado en el documento donde podamos solicitar al juez cualquiera de estas medidas con los requisitos que se han mencionado con anterioridad. No obstante, dentro del desarrollo del proceso también se pueden solicitar hasta antes de la sentencia, por lo que para ello, como son parte de una causa principal, no sería necesario realizar una solicitud, sino mediante una simple diligencia, esto será, un escrito dirigido hacia el juez que está conociendo el juicio ejecutivo con los documentos y requisitos necesarios.

### **2.4 Recursos e Interrupción**

Las providencias preventivas pueden ser cuestionadas mediante recurso de apelación, el artículo 132 del Código Orgánico General de Procesos señala que: **“Art. 132.- Recursos. Las providencias preventivas no serán apelables sino en efecto no suspensivo”**.

Una vez que se llevan a cabo, el sujeto al que se le ejecuta la providencia preventiva tiene la posibilidad de interponer un recurso, ya que al ser notificado y este podrá impugnar la medida interpuesta en su contra; Al ser de carácter no suspensivo, existe continuidad del proceso principal que se estará sustanciando al ser este un estudio en los procedimientos ejecutivos el proceso sobre el cobro del título ejecutivo continuará, mientras que el incidente sobre la providencia preventiva se resolverá en instancia superior, ya que la apelación es un recurso vertical, en este sentido mientras este incidente se está tratando en segunda instancia no debe suspenderse el procedimiento principal del cual depende las providencias preventivas, en este caso en el procedimiento ejecutivo cualquier etapa que se encuentre hasta antes de la sentencia debe continuar mientras se discute la providencia preventiva.

Por el contrario, estas medidas pueden ser interrumpidas en cualquier etapa del procedimiento ejecutivo por mismo deudor cuando presenta caución<sup>6</sup> suficiente, recordemos que la caución es una especie de fianza con la cual se puede dejar en garantía para seguridad o protección cuando existe un riesgo, la Rae la define como “*Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual*” (ASALE & RAE, s. f.-a), por lo cual existe la posibilidad que una vez que el deudor comparezca a juicio con caución, el juez podrá ordenar que se levante la providencia preventiva solicitada.

Así mismo, vale decir que las providencias preventivas al ser precautelarias tendrán su vigencia hasta que se dicte sentencia, pues una vez que existe resolución dentro del proceso principal, estas medidas podrán ya ser ejecutables en la siguiente etapa procesal que sería la ejecución.

### **2.5 Las providencias preventivas con relación al procedimiento ejecutivo.**

En palabras del doctor Jaime Guasp, los procesos ejecutivos son aquellos que buscan la realización de una manifestación de la voluntad por parte del tribunal o juez que se encuentra conociendo el proceso (Guasp, s. f.).

Lino Enrique Palacio define a este tipo de juicios como un proceso especial que tiende a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación que se encuentra documentada en algún título extrajudicial, convencionales, administrativos y que están legalmente dotados de fehaciencia o autenticidad. (Palacio, 1983).

Como podemos colegir de las definiciones propuestas, el juicio ejecutivo es aquel proceso en el que pretendemos que la parte contraria reconozca la existencia de un derecho que ya se encuentra declarado en un documento.

Un ejemplo de este tipo de documentos son los títulos ejecutivos que contienen ya un derecho declarado. Hay que dejar en claro que en este tipo de procedimientos no es necesario conocer el derecho de crédito, sino que lo que sucede es que mediante orden del juzgador el deudor va reconocer su obligación para con el acreedor.

El Código Orgánico General de Procesos contempla al procedimiento ejecutivo a partir del Art. 347. La norma citada enumera taxativamente que documentos ostentan la calidad de títulos ejecutivos, siendo ocho:

1. La declaración de parte hecha con juramento antes una o un juez competente.
2. La copia o la compulsas auténticas de las escrituras públicas.
3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial

---

<sup>6</sup> Obligación del garante. Cosa dada en garantía. Seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo.

4. Letras de cambio.
5. Pagarés a la orden
6. testamentos
7. transacción extrajudicial
8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos. (Asamblea Nacional, 2015)

El artículo subsecuente (Art. 348<sup>7</sup>) indica cuáles son los requisitos que deben reunir estos títulos ejecutivos para que puedan ser reclamados a través de esta vía, es así que además de constar en la lista de títulos señalados, la obligación contenida en el título debe ser: clara, pura, determinada y actualmente exigible.

Entonces, para que proceda este procedimiento, los títulos ejecutivos antes mencionados deben cumplir estos requisitos, de otra manera ya no se trataría de un título ejecutivo y se desvirtuaba el título y esta acción ya no corresponde.

Ahora bien, como señalamos el título ejecutivo al contener un derecho ya declarado, no debería existir mucho sobre que discutir, porque de lo que podemos deducir de los artículos indicados, el legislador diseña la norma de tal manera que le otorga a los títulos ejecutivos un valor probatorio per se<sup>8</sup>.

No obstante, a pesar de que estos títulos presuman la obligación ejecutiva, se admite prueba en contrario a través de hechos y excepciones, las que son propias del procedimiento ejecutivo contemplado en el Art. 353<sup>9</sup> y las excepciones generales presentes en el artículo 153<sup>10</sup> del Código Orgánico General de Procesos.

Con base en la presunción de la obligación ejecutiva, unas de las características de este tipo de procesos es la celeridad y por ello las providencias preventivas tienen razón de ser, como se estudió en el primer capítulo, una de las características de las medidas cautelares es que son y deben ser urgentes.

Ahora la posibilidad de ser solicitadas dentro de este tipo de procedimiento, precisamente lo encontramos en el Art. 351 dentro del capítulo I del procedimiento ejecutivo, donde se refiere al

---

<sup>7</sup> Art. 348 Procedencia. Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este.

<sup>8</sup> Expresión latina que significa 'por sí mismo' o 'en sí mismo'.

<sup>9</sup> Excepciones en el procedimiento ejecutivo Art. 353 COGEP

<sup>10</sup> Excepciones previas.

inicio y contestación de la demanda indicando que *“... Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda.*

*Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas.*

En este caso, tal como lo señala la norma, el actor tiene la posibilidad que desde la presentación de la demanda acompañar los certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, ya que para solicitarlas basta con demostrar que el bien que se pretende precautelar es propiedad del deudor, de esta manera desde que se interpone la demanda el juez puede ordenar las providencias preventivas desde la calificación de la demanda; sin embargo, esto no quiere decir que no se pueda proponer más tarde en el transcurso del proceso.

Con referencia a los procedimientos ejecutivos hay que dejar claro que la cuantía siempre será determinada porque como mencionamos, la obligación de un título ejecutivo debe ser pura, líquida, determinada y de plazo vencido, en ese contexto para la cuantía deben tomarse en cuenta tres importantes cosas:

1. Los intereses líquidos del capital.
2. Los intereses pactados en el título.
3. Los frutos que se han liquidado antes de proponer la demanda.

De manera que al momento de interponer la demanda se cuantifique todo lo reclamado. Ahora, el segundo inciso del artículo 351 hace referencia a un criterio de interés, este inciso menciona que las providencias preventivas podrán ser ordenadas hasta por el valor que cubra el monto que se reclama en la demanda. Esta premisa marca un límite a estas medidas, por lo que las providencias preventivas si delimitarán al acreedor de busca un bien cuyo monto sea equivalente al que se está reclamando.

Por lo mismo, este monto se revela a través de la cuantía que está basada en el monto que contiene el título ejecutivo, más intereses y costas. Esto es de fundamental consideración al momento de solicitar la providencia preventiva, porque así el actor podrá determinar, a través de una anticipada búsqueda de bienes, la cantidad de bienes y el avalúo de los mismos que puedan cubrir la deuda que se está ejecutando; ahora bien es en este punto cuando pueden suscitarse algunas problemáticas que requiere de crucial análisis.

El artículo 351 del COGEP más adelante en sus incisos contemplan la posibilidad de solicitar el embargo de bienes raíces sobre los que exista un crédito hipotecario, en este sentido esto se

convierte ya en otro tipo de medida de ejecución que dentro de estos procedimientos ejecutivos pueden ser solicitados directamente en específico para inmuebles.

Es importante reconocer que las providencias preventivas como hemos señalado cumplen dentro de este tipo de procedimiento un fin preventivo para asegurar el cumplimiento de la obligación. Esto quiere decir que la finalidad de las providencias preventivas dentro de los procedimientos ejecutivos es prevenir, es tener certeza de que el deudor si saldará su deuda y de no hacerlo la deuda podrá ser liquidada a través de ese bien; más no necesariamente con el bien que se resguardó.

Como lo señala Ferreyra y González, las medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo cumplen la finalidad de que no se torne imposible de cumplir durante el tiempo que transcurre entre la demanda y la sentencia, de allí que son preventivas (Ferreyra & González, 1999). Entonces sabemos, que su fin es poner a buen recaudo los bienes del obligado con el objetivo de que se pueda cobrar al deudor, es decir, se pueda garantizar el resultado.

No obstante, hay que dejar en claro que no son medidas de ejecución con las que el acreedor llegará a cobrar su obligación contenida en el título, sino que son medidas simples con garantía para asegurar que el deudor honre su obligación. Por esta razón, el tercer inciso del Art.351 indica que puede ser solicitada en cualquier etapa del proceso en primera instancia, esto obviamente antes de que se dicte sentencia, porque, como ya mencionamos, una vez que dentro del procedimiento ejecutivo existe sentencia dentro de este tipo de juicios inicia otra etapa que es la ejecución sobre la cual el COGEP nos da la posibilidad de embargar dichos bienes del deudor para que el acreedor pueda efectivizar su sentencia.

Es decir, que dentro de esta etapa las providencias preventivas pueden pasar a ser de ejecución, entonces tanto en el secuestro como en la prohibición de enajenar el bien inmueble y bien mueble, respectivamente, podrá ser embargado y posteriormente rematado.

La importancia y la problemática de las providencias preventivas, como lo indica Rodrigo Jijón en este aspecto, es que:

*"Este tipo de medidas es de gran importancia en la práctica, pues normalmente el deudor que sufre el impacto de estas medidas cumple entonces con la obligación reclamada, de ninguna manera tales medidas corresponden al proceso de ejecución en el que no se toman medidas cautelares, sino medidas coactivas para ejecutar la obligación"(Jijón, 2015).*



Reafirmando el criterio propuesto, en la práctica las providencias preventivas son usados como un medio de presión, para predisponer que el deudor pague lo que debe.

Mediante una entrevista a la Dra. Lineth Boada, jueza de lo civil del cantón Cuenca, se pudo determinar que los títulos ejecutivos que más procesos generan provienen de instituciones financieras y cooperativas, las cuales para cobrar los créditos que otorgan, en su mayoría, la obligación se sustenta en un pagaré a la orden. En segundo orden de los títulos ejecutivos sobre los cuales se sustancian más procesos son las letras de cambio, pero también los cheques, lo cuales si bien no gozan de un numeral específico dentro del Art. 348 del COGEP la clasificación que se da está dentro del inciso octavo del mismo artículo donde menciona aquellos otros documentos que la ley otorgue el valor de ejecutivo este lo podemos encontrar dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF).

## CAPÍTULO III

### De la proporcionalidad como principio que guía las Providencias preventivas en los procedimientos ejecutivos.

#### 3.1 La proporcionalidad, un principio para la aplicación de las providencias preventivas.

Dentro del primer capítulo de este trabajo establecimos que la proporcionalidad, más allá de ser una característica de las providencias preventivas, es un principio. La proporcionalidad es uno de los principios jurídicos más importantes, ya que gracias a este principio se puede exigir límites de actuación.

Ramio Ávila entiende que “la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos” (Ávila, Santamaría, 2007) al mismo tiempo, el acceso a una justicia transparente y equitativa, es un derecho humano. En este sentido, podemos inferir que este principio es una garantía interpretativa a los derechos humanos y que por lo consiguiente debe ser aplicada por todos los poderes públicos.

Sobre esta base, el Art. 75<sup>11</sup> de la CRE, indica que todas las personas tienen derecho a la justicia equitativa donde primen las garantías constitucionales, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva. El concepto propuesto en este texto constitucional es de vital importancia en materia procesal, ya que garantiza el derecho de todas las personas para exigir respuestas concretas a los actos que emanan del sistema judicial (Cevallos Sánchez et al., 2018).

De allí que, la Corte Constitucional del Ecuador (de ahora en adelante C.C) ha desarrollado ampliamente este principio, determinando dentro de la sentencia No. 006-13-SIN-CC, que la utilidad del principio de proporcionalidad se manifiesta cuando, dado el caso concreto, se evalúan los fines y medidas que permiten al operador de justicia contar con parámetros para adoptar una decisión razonada (Ficha de Relatoría No. 006-13-SIN-CC | Portal de Servicios Constitucionales – Corte Constitucional del Ecuador, s. f.).

---

<sup>11</sup> Art. 75 .-Disposición que hace referencia al derecho que todas las personas tienen para acceder a una justicia equitativa en la que primen las garantías constitucionales de un proceso justo. (Constitucional de la República del Ecuador, 2008.)

Como resultado, la proporcionalidad, al ser un parámetro constitucional, debe guiar las decisiones del juez, entendiendo por decisiones cualquier actuación en la que el juzgador delibere, sean estas, sentencias o providencias, de tal manera que las providencias preventivas al ser una decisión judicial que afecta a las partes deben responder al criterio de proporcionalidad.

En la misma línea, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la sentencia 0001-09-SCN-CC, indicó que la proporcionalidad es un método de interpretación constitucional “... que a su vez se remite a tres sub principios: la idoneidad, la racionalidad y la ponderación, a fin de realizar una decisión constitucionalmente justa” (Ficha de Relatoría No. 001-09-SCN-CC | Portal de Servicios Constitucionales – Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

En este sentido, el estudio del principio de proporcionalidad, sobre todo en materia constitucional, recae directamente en el sub principio de la ponderación. Al respecto Jorge Zavala Egas interpretando a Robert Alexy indica que la regla de proporcionalidad significa, que “... *el sacrificio impuesto a un principio en beneficio de otro, solo se justifica en la medida que sea en el mínimo necesario para no impedir la satisfacción del otro principio considerado como más importante en esas circunstancias concretas*” (Egas, 2009).

Con base en este criterio y lo dispuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la esfera de la proporcionalidad, la ponderación juega un papel de suma importancia porque revela la necesidad de una interpretación adecuada de la norma. De forma que, al igual que en materia constitucional la proporcionalidad en materia cautelar, las providencias preventivas estarán determinadas por la misma regla. Esto quiere decir que al existir varios bienes y medidas solicitadas por el actor que pueden precautelar el derecho del acreedor, el juez tiene el deber de, aplicar el principio de proporcionalidad, escoger la más adecuada y de forma similar la menos gravosa para el deudor.

Dentro de este marco, Ernesto Salcedo Verduga, procesalista, ecuatoriano, ha indicado que “*una medida cautelar es proporcional porque tienen que ser expedidas acorde con el fin perseguido*” (Jurídica & Ernesto Salcedo, 2007) esto quiere decir que, la proporcionalidad de una providencia preventiva estará determinada por la finalidad que intenta conseguir el acreedor con ese bien precautelar cuando sea el momento procesal oportuno.

Así mismo, Francisco Ramos Romeu afirma que la autoridad cumple un rol muy trascendental en el ejercicio de este principio, ya que al vigilar la disposición cautelar deberá ejecutar un análisis de proporcionalidad de la medida cautelar de manera estricta, pues la medida preventiva debe gozar de proporcionalidad, teniendo en consideración los intereses que se hallan en conflicto entre las partes (*Las medidas cautelares civiles* |, 2006).

Como consecuencia de los criterios anteriores, las medidas cautelares, al ser medidas que tiene que ser ordenadas por una autoridad competente, siendo tal el juez o jueza, previo a su ordenación, deben observar este parámetro, puesto que la finalidad del principio de proporcionalidad en las medidas cautelares, es que se pueda garantizar a las partes procesales equivalencia, esto es que, al acreedor se le garantice el cumplimiento de su derecho de crédito a través de la medida cautelar solicitada y que a su vez la medida adoptada no llegue a causar un enorme perjuicio al demandado.

### **3.2 La Proporcionalidad en el Derecho Comparado**

Por lo manifestado, la proporcionalidad como regla constitucional es un requisito sine qua non para la disposición de las providencias preventivas, de forma que para continuar el estudio de las mismas y comprender por qué deben ser proporcionales es importante estudiar otras legislaciones y su consideración respecto a las medidas cautelares civiles y el principio de proporcionalidad. Esto con el propósito de reconocer cómo se incorporan dentro de su normativa civil y procesal, de tal suerte que podamos crear un criterio más profundo sobre este principio.

Hermann-Josef Blanke indica que el desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho latinoamericano es considerado como un principio general, que de forma imprescindible deben estar acompañadas del concepto de racionalidad, de manera que las decisiones que se adopten por el juzgador sean siempre legítimas.

En Argentina, el principio de proporcionalidad se materializa principalmente en el estudio de la relación entre el medio y el fin de la medida. Dicho de otro modo, para el derecho argentino la proporcionalidad debe ser amplio y acertado en su aplicación judicial, sobre todo en el examen de una medida alternativa menos gravosa para el derecho, y que a la vez sea la más adecuada para alcanzar el fin perseguido (Hermann-Josef Blanke, 2010).

Por su parte, en Bolivia si se ha desarrollado un criterio respecto al proceso cautelar como un paso esencial en la tutela de los ciudadanos. De acuerdo con Barona Vilar, las medidas cautelares deben ser restrictivas y basadas en la proporcionalidad entre lo solicitado y lo que se

pretende garantizar (Barona Vilar, 2015), por ende en la legislación civil boliviana si se ha desarrollado juicio respecto a las limitaciones de las medidas cautelares en su Código de Procedimiento Civil para evitar perjuicios innecesarios (Art.324 CPC).<sup>12</sup>

En el derecho europeo, las raíces del principio de proporcionalidad se encuentran en la garantía de un control constitucional en las leyes y actos normativos. En España, tanto en su doctrina como en el desarrollo de su sistema normativo, el principio de proporcionalidad y las medidas cautelares han estado estrictamente ligadas sobre todo a la limitación de las autoridades administrativas en cuantos a los poderes públicos que pueden limitar a los ciudadanos y sus derechos. Tanto es así que el legislador español ha considerado que una de las características más importantes de las medidas cautelares es que se adopte siempre la menos gravosa para el fin que se pretende.

El art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su segundo inciso menciona que: "*la medida no debe ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz a dichos efectos, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado*"(Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., 2022)

Como podemos observar la legislación española, si considera todo un capítulo respecto a las características que debe contener una medida cautelar, por lo tanto, se exige que para disponer de ellas deben reunir ciertas características, de manera que sean conducentes y se haga efectiva la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (Julio Calvet Botella, 2003).

En Alemania, el concepto de proporcionalidad ha tenido un gran desarrollo; en la legislación alemana se entiende a la proporcionalidad como una prohibición de exceso. Barnés indica que el derecho alemán considera a la proporcionalidad como un principio constitucional en virtud del cual se debe alcanzar la finalidad necesaria, siempre que la intervención pública sea equilibrada; esto quiere decir que se derive de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto y sobre todo derechos y libertades (Barnés, 1994).

En concordancia con los criterios de las distintas legislaciones respecto al principio de proporcionalidad y las medidas cautelares, podemos decir que la responsabilidad de aplicar este principio recae directamente en el juzgador, siendo esta la autoridad judicial la competente para observar el principio que en palabras simples se traduce en escoger la que menos impacto

---

<sup>12</sup> El código de Procedimiento Civil Boliviano contempla en su Art.324 que , "Se podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". (Barona Vilar, 2015)

negativo genere, de tal suerte que se observe la proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio empleado.

En suma, es interesante que por medio de este análisis comparativo podamos observar que en el ordenamiento jurídico civil de otras regiones si existen normas expresas respecto a las características de las medidas cautelares civiles, no solo como estudio doctrinario si no que se regula tácitamente, como el caso de la legislación civil Boliviana y Española, para disponerse las medidas cautelares civiles deben reunir características detalladas.

### **3.3 Falta de proporcionalidad en la ejecución de las providencias preventivas.**

En efecto, si dentro de un juicio ejecutivo el objetivo del acreedor es cobrar a su deudor, el valor de la providencia preventiva que garantice el cumplimiento de la obligación debe ser equivalente al monto de lo reclamado.

De acuerdo con el segundo inciso del Art. 351 del COGEP las providencias preventivas deberán ordenarse hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. No cabe duda que la proporcionalidad de una providencia preventiva estará determinada por la cuantía del proceso. De forma que en un juicio ejecutivo la proporcionalidad con la que se aplican las providencias preventivas estarían ya garantizadas.

En atención a la cuantía, el acreedor tiene la posibilidad de, previo a solicitar una providencia preventiva, realizar una búsqueda de bienes que tiene el deudor con la finalidad de encontrar uno o los suficientes para satisfacer su derecho de crédito, es decir, el monto que se reclama en la demanda. Sin embargo, es en este contexto donde se pueden desarrollar varios escenarios, donde no siempre el valor del bien que se pretende cautelar será proporcional al valor de la deuda que se persigue en el juicio ejecutivo.

Por ejemplo; puede ocurrir que en un caso determinado exista un único bien del deudor de un alto valor y el juicio que se instaura es por un monto pequeño. Para empezar parecería ilógico que el acreedor solicite una providencia preventiva con un valor mayor al que se reclama, ya que como mencionamos anteriormente, la norma es clara y el Art. 351 establece un límite, pero en el panorama que planteamos qué sucedería si este bien es el único que tiene el deudor para sustentar su obligación, para ser más claro, no existe en la esfera de la proporcionalidad más bienes para aplicar una providencia preventiva o escoger la más adecuada.

Al respecto, el Dr. Pablo Valverde, Juez de la sala de lo Civil de la Corte Provincial del Azuay considera que en este caso la providencia preventiva debe ordenarse, ya que es la única forma que tiene el acreedor para asegurar el cumplimiento que tiene el deudor con él. Para este juez, sería totalmente proporcional porque confiando en la buena fe del acreedor, trae a su consideración que el único bien que ha conseguido para respaldar su derecho es un bien de un valor mayor a la providencia preventiva e irrevocablemente debe ser otorgada. El Dr. Valverde fundamenta su respuesta e indica que debe prevalecer el derecho del acreedor al derecho del deudor por un principio básico que indica que mis bienes (refiriéndose a los bienes del deudor) son prenda general. Por ende, prevalece el derecho del acreedor de cobrar sobre el deudor.

El criterio de proporcionalidad en este sentido puede ser utilizado por el juez siempre y cuando se le presente varios bienes para que se pueda otorgar la más beneficiosa al acreedor y que en menor indefensión le deje al deudor. Pero en el caso de no existir, se otorgará al único bien del que se tenga conocimiento, de otra manera, el acreedor no podría hacer efectivo su derecho de crédito y su inobservancia sería totalmente grave, contraviniendo el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el COGEP no prevé que podría pasar en la situación planteada y que de hecho en la práctica es muy común. La norma no estudia este caso particular, siendo las interrogantes como debe devolverse el excedente de la deuda al deudor, esto siempre y cuando el bien sobre el que se gravó la providencia sea convertida en el bien para a través de la ejecución cobrar. Como resultado, existe una anomalía<sup>13</sup> jurídica de regulación en el caso concreto.

Por el contrario, a los criterios expresados, la Dra. Diana Toledo, jueza de lo Civil en primera instancia del Cantón Gualaceo, ha indicado que en este sentido que el caso propuesto podemos evidenciar que si existe desproporcionalidad, al respecto comunicó que es muy común en su juzgado que los títulos que se demande sean por un valor mucho menor al bien que se pretende cautelares, sobre todo en bienes inmuebles en este caso, se indicó que ordenaría un auto para que se le justifique con un certificado de avaluo y catrastos el valor del bien, y partiendo de ese elemento ordenar la medida.

---

<sup>13</sup> La Real Academia de la Lengua define a la anomia como un término para definir la ausencia de ley.

Bajo estos criterios podemos concluir que el criterio de proporcionalidad para la aplicación de las medidas cautelares viene siendo en la práctica un criterio subjetivo por parte del juzgador.

Por otro lado, nos quedan las interrogantes, en los casos, cuando sustentado en la facultad que nos otorga el derecho de crédito, solicitamos una medida cautelar cuando el bien que se pretende gravar con providencias preventivas es indispensable o necesario para el desarrollo del trabajo del deudor. Para ilustrar, supongamos qué tan proporcional es solicitar el secuestro de un vehículo cuyo uso es indispensable para el trabajo diario del deudor y también en la misma línea que se ordene el secuestro de los bienes muebles de un local comercial del deudor.

En este caso, el Dr. Diego Piedra, juez de lo civil en primera instancia del cantón Cuenca, considera que; en primer lugar, en el derecho privado, el derecho que predomina es el del acreedor, el Dr. explica que, si el demandado sustentado en el ejercicio de su trabajo fue capaz de adquirir una obligación para con su deudor, el derecho de su trabajo en este caso se ve vencido frente al derecho de su acreedor de cobrarle. En este caso, el criterio de proporcionalidad es de aplicar norma expresa (Art.124COGEP), salvo que exista un medio extraordinariamente excepcional en el que el acreedor comparezca justificando que se levante la medida preventiva por alguna calamidad extraordinaria, el juez podría hacer la respectiva valoración y levantar la medida.

Bajo este mismo estudio, concluimos que el juzgador solo puede pronunciarse sobre lo que conoce y si comparece el deudor indicando que en realidad si posee más bienes pero que no se ha hecho la respectiva búsqueda y este bien es de un valor más equivalente al que se reclama, es entonces que el juez de conocer la deslealtad procesal puede llegar a aplicar costas. Pero en los casos hipotéticos mencionados, la proporcionalidad puede verse cuestionada; sin embargo, al juzgador no le queda más que aplicar norma expresa.

Al contrario, podemos también pensar que la proporcionalidad no es nada más una ponderación entre providencias preventivas, sino también entre garantías, por ejemplo, una particularidad podría ser hipoteca y providencias preventivas; es decir, coexisten dos garantías que están garantizando un mismo derecho al mismo tiempo; la hipoteca que es título de ejecución y las providencias preventivas que se usan dentro del procedimiento ejecutivo, son figuras de distinta naturaleza, pero que ambas son garantías.



La Dra. Lineth Boada, jueza de lo civil, de primera instancia del Cantón Cuenca, supo indicar que en los juicios ejecutivos el criterio de proporcionalidad está determinado en norma expresa tal como lo determina el Art. 351 de COGEP, en este caso propuesto por la Dra. explicó que no puede excederse más allá de lo que las partes ponen en conocimiento del juez, si existen dos medidas que pueden garantizar satisfactoriamente un crédito, la jueza indica que para realizar el análisis es necesario que la parte que solicita la providencia preventiva se pronuncie y justifique en este contexto porque esta medida cautelar es necesaria si existe una hipoteca que ya garantiza la deuda.

En este mismo caso, el Dr. Diego Piedra indicó que, si es desproporcionada la solicitud cuando, primero se solicita mediante juicio ejecutivo el embargo de una casa, pero, después pido providencia preventiva, en ese caso, también sería cuestionable porque ya se puede ejecutar el bien, pero si solicito aparte una medida preventiva ya no encajaría dentro de la proporcionalidad, el Dr. indica que esto es una táctica que siempre usan las cooperativas .

### 3.4 Análisis de Caso

Para el desarrollo del análisis del caso práctico, he tomado como referencia el caso número 01333-2021-10495, tramitado en por la Dra. Romelia Riera, Jueza de lo Civil de primera instancia del Cantón Cuenca. En este caso se analizará el criterio de proporcionalidad respecto a la providencia preventiva solicitada por la parte actora y ordenada por la jueza dentro de un procedimiento ejecutivo, por cobro de dinero.

<p><b>Antecedentes</b></p>	<p>Dentro del proceso No. 01333-2021-00121 seguido por la Cooperativa de ahorro y Crédito San José S.j en contra de los señores Diana Esperanza Jimbo Gualpa y Lucas Diego Pacheco Pacheco, se presenta una demanda por el cobro de dos pagarés a la orden, el primero con de un valor de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$34,500.00) y otro de CUATRO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.</p> <p>Se inicia el proceso con la presentación de la demanda en diciembre de 2021, la misma se fundamenta en que los cónyuges Diana Esperanza Jimbo Gualpa y Lucas Diego Pacheco Pacheco, adquirieron un Crédito hipotecario de consumo, comprometiéndose a pagar en 919 días vista.</p>
----------------------------	---

	<p>Sin embargo, no han cumplido con sus obligaciones mensuales. Al ser este un pagaré de vencimientos sucesivos, los deudores no han honrado su obligación. En el primer pagaré desde el dividendo Nro. 5 hasta el dividendo Nro.7, y respecto al segundo pagaré desde el dividendo Nro. 11 al dividendo Nro. 16, por lo cual se encuentran vencidos. No obstante no en la cuantía no se hace la suma de ambos pagarés. Lo cual a mi parecer o es correcto, puesto que la cuantía tiene que fijarse como una totalidad.</p> <p>Como bien estudiamos, al ser este un título ejecutivo y al tener una obligación determinada, clara, pura, líquida, ya se convierte en exigible, puesto que además su plazo para cumplirla ya feneció.</p> <p>Como ya habían vencido las cuotas, de los respectivos pagarés la Cooperativa San José usó la cláusula de aceleración de dividendos y declaró vencida el total de la obligación, vale recalcar que la cláusula de aceleración de pagos es la facultad que tienen los acreedores de exigir en este momento lo que el deudor debe por no cumplir con los pagos pactados en un plazo de tiempo determinado.</p> <p>En este caso lo que se reclama es el pago de:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. El capital de una suma de treinta y tres mil ochocientos sesenta y uno dólares 35/100 de los Estados Unidos de América (USD \$33,861.35) y el otro pagaré por una suma capital de dos mil ochocientos cuarenta y cuatro con 13/100 de los Estados Unidos de América (USD \$2,844,13)</li><li>2. Se reclaman los intereses del capital, al interés pactado en cada pagaré.</li><li>3. Los intereses de mora correspondientes a cada pagaré.</li><li>4. Las costas procesales, que además incluyen los honorarios de los abogados defensores, como los peritajes y demás gastos judiciales.</li></ol> <p>El total que exige la cooperativa San José a la parte deudora es una cuantía por separado, siendo del primer pagaré una totalidad de USD 35,584.14 y el segundo pagaré por una totalidad de USD 3,143.39.</p>
--	--

	<p>A la presentación en la demanda se incluye además de los requisitos necesarios como los dos pagarés a la orden, fundamento de la acción, también se adjunta la escritura pública de hipoteca abierta preferente, qué además cuenta con la medida cautelar de prohibición de enajenar; también se adjuntan más documentos correspondientes al avalúo comercial del bien inmueble cuyo valor se fija según los documentos adjuntos en sesenta y cinco mil dólares (\$65,000).</p>
<b>Medias Cautelares aplicadas</b>	<p>En el presente caso se solicitó la providencia preventiva de “secuestro y retención” de un autobús de Transporte Público Interprovincial MERCEDES BENZ de Placas AAX 0583 y se adjunta el Certificado Único Vehicular (CUV). Más tarde una vez que la jueza lo ordena, se adjunta el Certificado de gravámenes del Registro Mercantil.</p>
<b>Posición jurídica de la parte demandada</b>	<p>Los cónyuges L.P y D. J. no comparecen legalmente en el proceso, hasta el momento en el que la jueza ordena audiencia de mediación después de que se ingresa una acta transaccional firmada por las partes.</p>
<b>Posición jurídica del Actor</b>	<p>La Cooperativa San José S.J solicita, dentro del procedimiento ejecutivo de cobro de dos pagarés a la orden, la providencia preventiva de “Secuestro y Retención” fundamentando su solicitud en el Art. 124 del COGEP.</p> <p>Se adjuntó el Certificado Único Vehículo (CUV) para justificar que el vehículo sobre el cual se está presentando la media es propiedad del señor Lucas Diego Pacheco Pacheco, en el mismo certificado que existe un gravámen vigente por parte del IESS.</p> <p>La parte actora dentro de la solicitud incluye el nombre y datos habilitantes de la depositaria judicial quien custodiará el autobús luego de ser entregado por el respectivo Agente de la Policía Nacional.</p>

<b>Objeto de controversia</b>	<p>El objeto de controversia en el presente caso gira en torno a la solicitud de providencia preventiva de secuestro a un autobús interprovincial para garantizar el cumplimiento de un crédito hipotecario de consumo.</p>
<b>Resolución</b>	<p>La Jueza del presente caso, después, de conocer el escrito de la actora solicitando la providencia preventiva de “secuestro y retención” ordena que se pronuncie sobre qué medida es a la que se refiere, ya que no son lo mismo y no se pueden solicitar las dos al mismo tiempo sobre un bien.</p> <p>Una vez que la actora se pronuncia indicando que la medida a la que se refiere es la de secuestro. La Jueza solicita el Certificado del Registro Mercantil y posterior a ello ordena el secuestro del autobús, seguidamente emite las respectivas boletas de secuestro, autorizando a la depositaria detallada en la solicitud.</p> <p>Una vez que se ingresa una acta transaccional en la que además se solicita que se levante la medida preventiva de secuestro, la jueza convoca a audiencia de mediación y finalmente la jueza ordena la devolución del vehículo secuestrado.</p>

### Análisis de proporcional

Para realizar el análisis de proporcionalidad en la providencia preventiva solicitada. No es correcto dejar de observar muchos de los errores en los que incurre la parte actora desde el momento de la presentación de la demanda y en la solicitud de la providencia preventiva.

Para empezar, hay que observar que los títulos ejecutivos que se demanda son dos pagarés a la orden correspondientes a un crédito hipotecario de consumo, como bien lo indica el pagaré, el mismo contiene ya una garantía de hipoteca abierta con prohibición de enajenar<sup>14</sup>. Es hipotecario

---

<sup>14</sup> Art.2372 Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera.

porque hay una garantía sobre un bien raíz y es de consumo porque el interés es más alto. En este sentido, el crédito fue otorgado por parte de la Cooperativa porque existía una garantía directa que es la hipoteca del bien inmueble detallado en la escritura pública.

Consecuentemente, la interrogante es la siguiente: el crédito estaba garantizado con una hipoteca abierta sobre un inmueble, el inmueble ya estaba gravado con la prohibición de enajenar, pero en adición se ordena el secuestro de un autobús de uso público que, juntos, suman un monto mayor al que consta en la demanda, ¿La procedencia de la providencia preventiva fue proporcional?

En adición; existía una hipoteca abierta, si bien la hipoteca abierta garantiza todas las obligaciones, dentro de la escritura pública existe la cláusula de preferente, pero amas de ello, el inmueble ya constaba con una prohibición de enajenar, sobre este crédito. En este caso, la parte actora, de hecho, podía demandar la ejecución de la hipoteca, o, por el contrario, también podía solicitar dentro de la demanda, basándonos en el del Art. 351, inciso 2 que indica: *“También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario”* directamente el embargo del inmueble. No obstante, los actores optaron por demandar el cobro de los pagarés, para luego solicitar la medida preventiva de secuestro, esto como un medio para que los actores comparezcan a la demanda y liquiden la deuda para con la Cooperativa.

Pero, por otra parte, tomando en cuenta las palabras del Dr. Valverde, el juez solo puede pronunciarse sobre lo que las partes procesales ponen en su conocimiento, de otra forma el juez se estaría extralimitando. Debido a que conociendo que existía de por medio una garantía más rápida y ejecutable, si ordenó la providencia preventiva; claro, a criterio de la juzgadora, la norma no prohíbe, expresamente, la solicitud de la providencia preventiva a pesar de la existencia de una hipoteca, no obstante, como consta en el cuaderno procesal ya existía una prohibición de enajenar sobre el inmueble que además dentro del mismo ya constaba el avalúo del inmueble.

En este sentido, si bien puedo destacar, que el avalúo del autobús interprovincial podía ser equivalente al monto que se demanda, hay que reconocer que ya existían varios bienes que garanticen un mismo crédito, eso era: la hipoteca abierta que además contaba con prohibición de enajenar a favor de la cooperativa San José y finalmente se solicita el secuestro del bus. Por lo manifestado, si la finalidad de una providencia preventiva no es cobrar con ese bien, sino solo prever y tener la certeza como acreedor que el deudor si pagará, en este estricto sentido, solicitar la providencia preventiva de secuestro del autobús no era necesario, porque ya había una

prenda, la hipoteca, que incluso es preferente y además una prohibición de enajenar, otra providencia preventiva. Por tal motivo, puedo deducir que la providencia preventiva sobrepasó su finalidad no siendo proporcional en término económico para el valor de la demanda con base en lo que establece el Art. 351 del COGEP.

Por lo consiguiente, los demandados comparecieron y realizaron un abono a la deuda, en efecto este fue el motivo por el que el actor solicitó el secuestro del vehículo, pero a consideración de lo actuado, puedo deducir que el actor, si se extralimitó el criterio proporcional de garantía para el derecho de crédito y se usó como medio coercitivo.

Los actores si utilizan las providencias preventivas de manera excesiva, más no como la norma las contempla como medios de garantía, sino como medios coercitivos, que claramente puede constituir en un abuso del derecho, lo cual sí está regulado en el Art. 36 del C.C<sup>15</sup>. Por este lado evidenciamos que se utiliza las normas de tal manera que si llega a ser gravosa para el deudor. Finalmente, también considero que la jueza sí debió pedir mediante auto de sustanciación que la parte actora se pronuncie sobre la hipoteca, claramente no se puede cuestionar la estrategia del actor; no obstante, el juez si puede pedir mediante autos que el actor justifique o aclare su solicitud.

---

<sup>15</sup> Art. 36, segundo inciso. Constituye abuso del derecho cuando su titular exceda irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIONES

En conclusión, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental para los y las ciudadanas que acceden a la justicia para conseguir hacer efectivo sus derechos, dicho de otra forma, como explicó el Dr. Valverde, citando al Tribunal Español, para que “no quede en papel mojado” y se haga efectiva la sentencia. En este sentido, el principio de proporcionalidad debe guiar siempre la actuación del juez en toda decisión judicial que afecte a las partes de un proceso. Finalmente, respecto a los criterios que hemos analizado, podemos evidenciar que el principio de proporcionalidad se torna complicado de aplicar al momento de materializarse en las decisiones judiciales, cuando los casos que hemos propuesto hipotéticamente llegaran a darse y no están normativamente reglamentados.

Primero, desde el ámbito teórico consideró que el criterio de proporcionalidad por parte de los jueces al ordenar las providencias preventivas debería estar determinado por el método de interpretación teleológica de la norma, de forma que se entienda cuál fue la intención del legislador al momento en que se redactó; esto sería entender que el Art.351 en su segundo inciso menciona “*hasta el monto*” no regula el caso en el que solo se tenga un bien y sea de mayor valor. Por lo que hay la posibilidad de que aunque la norma no siendo proporcional, si se pueda aplicar, pero no sería correcto, puesto que recordemos que en el marco del derecho procesal estas normas son públicas.

Segundo, se pudo reconocer que la norma no permite, pero tampoco prohíbe explícitamente; sin embargo, al ser esta una norma procesal, que debe ser aplicada por el juez, sólo está autorizado a realizar lo que la ley expresamente le faculta, por lo que no estaría correcto. Por consiguiente, basándonos en las problemáticas analizadas, se pudo observar que: En el primer caso, existe una anomia en la norma, el 351 del COGEP la norma dice de manera expresa hasta el monto de la obligación, pero consecuentemente no prohíbe que solicite cuando en los casos anunciados el único bien que posee el deudor es de monto mayor a la obligación, a pesar de entender que es una medida cautelar si se llegara a ejecutar, obviamente y lógicamente el deudor estaría cobrando hasta por el monto siendo el excedente devuelto a su dueño, pero esto no quita que la medida pueda ser gravosa para el demandado. La anomia en la norma basándonos en el inciso analizado del Art.351, surge porque no explica cómo deberá efectuarse la devolución del excedente.

Tercero, y de forma contraria, otro criterio sería que de no aplicarse la norma para asegurar el crédito como derecho del acreedor sería una falta a la seguridad jurídica, al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia 045-15-SEP-CC determinó que *“el derecho a la tutela judicial no implica exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia”* (Ficha de Relatoría No. 045-15-SEP-CC | Portal de Servicios Constitucionales – Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

En el segundo caso, cuando los bienes sobre los cuales se quiere grabar una providencia preventiva que podría menoscabar un derecho importante para el deudor como el de trabajo, tanto jueces como profesionales de derecho deben observar lo que nos dice el Código Civil en el Art. 1634 del C. Civil, en esta norma se detalla de forma taxativa aquellos bienes cuyo derecho de propiedad no pueden ser restringidos o limitados; entonces, teniendo en cuenta que el juzgador para dictar una medida preventiva es necesario hacer un análisis en el caso en concreto, pero más aún teniendo presente el hecho de que la Constitución conforme lo consagra el Art. 426 de la CRE, en este sentido no se pudiese menoscabar gravemente un medio de subsistencia que le permita solventar sus necesidades básicas al deudor.

Cuarto, en el caso analizado (01333-2021-00121), debería ser regla emitir un auto de sustanciación que le obligue al actor justificar a base de qué criterios se está solicitando la medida cautelar, cuando existe más de uno, o más garantías que llegasen a sobrepasar el monto de la obligación, de forma que los jueces no les quede duda que la providencia ordenada es la idónea y que no meramente se está haciendo uso de las mismas como un medio de coacción, de forma que claramente se extralimitan en el uso de las providencias.

Quinto, a través de este estudio podemos determinar que desde el enfoque patrimonial del deudor siempre se estará en la parte menos beneficiosa de la balanza. Sin embargo, la responsabilidad de observar la procedencia de la medida no solo le corresponde al juzgador, sino también a quienes son operarios del derecho, es decir, los profesionales que ejercen la abogacía, quienes deben observar las normas con total seriedad y lealtad procesal.



## RECOMENDACIONES

Englobando el análisis que se ha realizado respecto de los problemas que pueden suscitar al momento de ordenar una providencia preventiva dentro del procedimiento ejecutivo, creo que es importante enfatizar y profundizar en algunas recomendaciones.

1. El juez debería emitir un pronunciamiento donde se otorgue la oportunidad al deudor de presentar otros bienes y previniendo que de no hacerlo se ejecutará el único bien del que se tiene conocimiento y sobre el cual se ha solicitado la medida; de esta manera se estaría precautelando los intereses de ambas partes.
2. El legislador debería considerar, al igual que el estudio en las otras normas de la región, escribir un orden de preferencia en el que deberían practicarse las providencias preventivas, considerando en primer lugar las mínimas a un máximo de existir varias. Si bien este criterio ya estaría determinado dentro del mismo Art. 351 del COGEP, la importancia de que se redacte una norma como la sugerida provocaría tanto en el juzgador como en el actor obedecer el criterio de proporcionalidad con mayor detenimiento.
3. El legislador en la problemática antes descrita, esto es, que frente al caso donde la norma procesal no prevé que es lo que puede pasar si el monto es mayor de un único bien que garantiza la obligación, que es de un valor menor, se pueda otorgar la posibilidad de que, a pesar de no ser proporcional, si se pueda aplicar. Ante esto, él legislador podría considerar escribir el Art.351 en su parte pertinente, de la siguiente manera: (... *hasta el monto de la demanda, salvo sea el único bien...*)
4. Otra recomendación podría encaminarse al hecho de que si bien la norma me permite solicitar cuantas medidas preventivas pueda para asegurar mi derecho de crédito, de existir garantías de otra naturaleza, como el caso analizado, el juzgador ordene de forma obligatoria, que siempre mediante auto de sustanciación la parte actora se pronuncie sobre la solicitud de las providencias preventivas.

### Referencias

- Añazco, A. C. (2017, mayo 2). Las diligencias preparatorias en el COGEP. *BLOG JURÍDICO (Y ALGO MÁS)* - ALFREDO CUADROS AÑAZCO. <https://alfredocuadros.com/2017/05/02/las-diligencias-preparatorias-en-el-cogep/>
- ASALE, R.-, & RAE. (s. f.-a). *Caución | Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 28 de diciembre de 2022, de <https://dle.rae.es/caución>
- ASALE, R.-, & RAE. (s. f.-b). *Precautelar | Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 9 de enero de 2023, de <https://dle.rae.es/precautelar>
- ASALE, R.-, & RAE. (2022). *Anomia | Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/anomia>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*.
- Ávila Santamaría, R. F. (2007). *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Tema Central)*. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1434>
- Barnés, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de administración pública*, 135, 495–538.
- Bahona. Los procedimientos ejecutivos en el Código orgánico general de Procesos. universidad Andina Simón Bolívar
- Barona Vilar, S. (2015). El proceso cautelar en el nuevo código procesal civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 19, 16–69.
- Cabanellas de Torres, G., & Cabanellas de las Cuevas, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental* (19a ed., actualizada corr. y aum). Heliasta.
- Calamandrei, P. (2018). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Santiago de Chile: Olejn
- Cevallos Sánchez, G., Alvarado Moncada, Z., Cevallos Sánchez, G., & Alvarado Moncada, Z. (2018). Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de inmediación. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(1), 168–173.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Asamblea Nacional.

- Escobar, J. (2014). *Nociones Básicas de Derecho Procesal Civil en el Código General de Procesos*. Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué. Recuperado el 8 de octubre de 2022ik.
- Corte Constitucional (2017). *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional periodo Noviembre 2012-Noviembre 2015*. Secretaría Técnica Jurisdiccional.
- Ferreya, A., & González, C. (1999). *Derecho Procesal Civil: Demanda, Contestación, Prueba*. Córdoba: Advocatus.
- Díaz, P. F. (1964). Las “legis acciones” como etapas del proceso romano. *Anuario de historia del derecho español*, 34, 209–234.
- Escobar Alzate, J. (2014). *Nociones básicas del Derecho Procesal Civil en el Código General del Proceso*. Ediciones Unibagué. <http://www.bajalibros.com/EC/Nociones-basicas-del-Derecho-Procesal-Civil-en-el-Codigo-General-del-Proceso-Jenny-Escobar-Alzate-eBook-1715758>
- Lopez Picó, R. (2019). Antecedentes Históricos y Jurídicos de la Institución Procesal de la Subasta Judicial. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, págs. 3-5. Recuperado el 8 de octubre de 22, de [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/25417/AD\\_2019\\_23\\_art\\_7.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/25417/AD_2019_23_art_7.pdf)
- Ferreya y González—Teoría general del proceso. Tomo I - pdf Docer.com.ar.* (s. f.). Recuperado 14 de diciembre de 2022, de <https://docer.com.ar/doc/nvxx1xe>
- Ficha de Relatoría No. 001-09-SCN-CC | Portal de Servicios Constitucionales – Corte Constitucional del Ecuador.* (2009). <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-09-SCN-CC>
- Ficha de Relatoría No. 006-13-SIN-CC | Portal de Servicios Constitucionales – Corte Constitucional del Ecuador.* (s. f.). Recuperado 7 de enero de 2023, de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=006-13-SIN-CC>
- Guasp, J. (s. f.). *DERECHO PROCESAL CIVIL*.

- Hermann-Josef Blanke. (2010). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y latinoamericano* | *Revista de Derecho Administrativo*. 9. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13722>
- Julio Calvet Botella. (2003). *Las medidas cautelares civiles* | (Vol. 57). <http://www.marcialpons.es/libros/las-medidas-cautelares-civiles/9788496354739/>
- Jurídica, R., & Ernesto Salcedo. (2007, enero 31). *TOMO 3—Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*. <https://www.revistajuridicaonline.com/2007/01/tomo-3-las-medidas-cautelares-en-el-arbitraje/>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. (2022). BOE.es - BOE-A-2000-323. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Salcedo, E. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sartori, G. (2006). *EL DEBIDO CONCEPTO DE LO CAUTELAR*. Chile: Mediterránea.
- Palacio, L. E. (1983). *Manual de derecho procesal civil*. Abeledo-Perrot.
- RAE. (s. f.). *Urgencia* | *Diccionario de la lengua española (2001)*. «Diccionario esencial de la lengua española». Recuperado 4 de enero de 2023, de <https://www.rae.es/drae2001/urgencia>
- Villareal, R. (2009). *Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos*. Recuperado el 9 de octubre de 2022, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1122/1/T823-MDE-Villareal-Medidas%20cautelares.pdf>
- Volterra, E. (1986). *Instituciones de derecho romano privado*. pág. 229. doi:84-7398-449-8

## Anexos

### Anexo A

**Entrevistado:** Dr. Pablo Valverde Orellana, Juez de la sala de lo civil en la Corte Provincial del Azuay.

<p><b>¿Con base en qué criterio de proporcionalidad se ordenan las providencias preventivas?</b></p>	<p>A ver, a través de su pretensión, usted fija una cuantía, usted como actor tiene el deber de efectuar, una liquidación, calcular interés, costas y todo. Entonces, la pregunta es, usted pide una medida a efecto de garantizar el cumplimiento de esa obligación, esto es, la tutela judicial efectiva. Cuando usted pone capital, más interés, el juez tiene un parámetro de lo que usted está fijando como cuantía de su pretensión. Está en la ley, está el avalúo del bien y está también que ofrece el deudor. El juez siempre va a depender de la calidad de la información que se le brinde.</p>
<p><b>¿Qué tan proporcional es una medida cuando el valor del título ejecutivo es menor al valor del bien que se pretende cautelar?</b></p>	<p>Si usted propone un ejemplo en el que tengo un título de un valor menor y tengo solo una casa de 60,000 dólares, entonces ¿Cuál es el principio general del derecho? En este caso debo aplicar el principio general de derecho es de que mis bienes constituyen prenda general de mis obligaciones y si yo tengo solo una casa y fijo la cuantía de 5,000 dólares, como puedo aplicar el principio de proporcionalidad si solo tengo ese bien.</p> <p>Si el actor no me da la esfera para aplicar el principio de proporcionalidad. Si usted como actor me asevera que es el único bien que tiene el deudor, yo le creo porque entiendo que está actuando de buena fé. Porque yo le tengo que asegurar como acreedor para que se haga efectiva su sentencia.</p>

	<p>Otra cosa sería que comparezca él demanda y me diga mire señor juez, yo si tengo más bienes, primero él puede liberar al bien y Puede decir la parte actor le mintió, yo tengo un CUV que demuestra que este vehículo si es proporcional con lo que demando. Pero yo tengo que garantizar al acreedor. Porque tiene amparo en la ley.</p>
<p><b>¿Qué análisis se realiza para otorgar la providencia preventiva?</b>  <b>¿Qué pasa si el bien que secuestro es el único que tiene el deudor para subsistir, es su medio de trabajo?</b></p>	<p>Yo sería un juez arbitrario, si es que no ordena la medida preventiva, porque si es proporcional y solo tiene, es bien, debe cumplir con su obligación y no le puedo dejar al acreedor sin derecho. Otra cosa sería que yo ordeno el secuestro y el deudor se ve obligado a pagar.</p> <p>La proporcionalidad también debería ir enfocada en que si es muy común que solicitan una medida preventiva sobre otra medida y sobre pasa el monto no sería ya proporcional.</p>

## Anexo B

**Entrevistado:** Dra. Diana Toledo Verdugo, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente Primera de lo Civil del cantón Gualaceo.

<p><b>¿Con base en qué criterio de proporcionalidad se ordenan las providencias preventivas?</b></p>	<p>Se otorgan las providencias preventivas con base en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, este análisis cabe realizarlo en forma a priori o ex ante previo a su otorgamiento.</p> <p>El Art. 351 del Cogep, como norma adjetiva que regula el inicio del proceso y contestación de la demanda en su contenido contempla el principio de proporcionalidad abstracta realizada por el legislador por cuanto en su segundo inciso con claridad indica que las providencias preventivas sobre bienes del deudor serán hasta por el valor “que cubra el monto de lo reclamado en la demanda “. De existir una disposición jurisdiccional, en contrario, lo que se trastocaría es la seguridad jurídica de acuerdo al Art. 82 de la CRE y se menoscaba el principio de proporcionalidad, conforme ha sido detallado.</p>
<p><b>¿Que tan proporcional es una medida cuando el valor del título ejecutivo es menor al valor del bien que se pretende cautelar?</b></p>	<p>Resulta desproporcional dictar una providencia preventiva en un juicio en donde el título valor, se encuentra contemplado por un valor menor al del bien que se pretende gravar.</p>
<p><b>¿Es proporcional solicitar el secuestro de los bienes muebles del deudor, cuando son un medio de trabajo?</b></p>	<p>Si los bienes no son de aquellos que la ley custodia, como aquellos que prodigan subsistencia al deudor o se convierten en indispensables para su trabajo o</p>

	resguardo, es factible solicitar el secuestro de los mismos de conformidad con el Art. 351 del COGEP.
--	---



## Anexo C

**Entrevistado:** Dr. Diego Piedra Pesantez, Juez de lo civil en primera instancia en el Cantón Cuenca.

<p><b>¿Con base en qué criterio de proporcionalidad se ordenan las providencias preventivas?</b></p>	<p>Primero hay que entender que las providencias preventivas aseguran el pago que el acreedor podrá hacer efectivo en un futuro. Hay que partir que las providencias preventivas no es una medida de ejecución, sino que se previene que con ese bien se puede llegar a cobrar.</p> <p>Dos, la proporcionalidad siempre está garantizada en los juicios ejecutivos, porque si el bien es mayor puede haber un vuelto.</p> <p>El criterio de proporcionalidad debe ir enfocando a que bien le conviene más.</p>
<p><b>¿Qué tan proporcional es una medida cuando el valor del título ejecutivo es menor al valor del bien que se pretende cautelar?</b></p> <p><b>¿Qué pasaría si existe solo este bien?</b></p> <p><b>¿Qué pasaría si este único bien, es el único medio de trabajo del deudor?</b></p>	<p>En derecho privado, ambos hicieron un negocio jurídico en el que uno se grabó con el otro. El art. 351 nos dice un límite, en este sentido si existe un solo bien, así la letra de cambio sea de \$50 dólares y la casa es de \$1,000.000.000, se tiene que otorgar.</p> <p>He tenido casos, en los que por letras de cambio de \$100 dólares, se llega a rematar una casa, claro no se remata, pero se llega hasta el remate y luego las partes arreglan.</p> <p>En este sentido, por un lado, el juez tiene la obligación de ejecutar lo juzgado y en este sentido, si no hay proporcionalidad en la medida preventiva, pero, en cambio, si no se previene, el acreedor no cobra.</p> <p>Si hay un bien que es el único, no queda más que prevenir y otorgarle la medida preventiva.</p> <p>En la tercera pregunta, qué pasaría a ver, cuando hay ponderación de derechos allí puedo ponderar más, pero en este caso la norma no establece qué pasa si él tiene</p>

	<p>un derecho al trabajo y yo mi derecho de crédito, él tiene un medio de trabajo que lo compromete para con su acreedor, por lo que este derecho se ve vencido, claro este sentido este es un punto muy susceptible de valoración, porque puedo decir tengo un crédito, pero tengo una familia y o puedo trabajar. Muchas veces hay casos de camiones de gente que tiene estos problemas, es complicado porque saltarse una norma jurídica esa una flagrante forma de saltarse a la seguridad jurídica y esto es lo más importante en una decisión.</p> <p>Muchas veces las cooperativas solicitan embargo como medida preventiva y luego otras providencias preventivas.</p>
<p><b>¿Qué análisis se realiza para otorgar la providencia preventiva?</b></p>	<p>El análisis de proporcionalidad tiene que darse cuando existen más bienes, por ejemplo en mi juzgado llegan casos en los que me suelen solicitar la prohibición de enajenar de varios terrenos que son bastante lejanos y que su precio si es equivalente a lo que se demanda a pesar de ser algunos.</p> <p>En el derecho privado a veces si se puede llegar a contraponer con el derecho social, pero en este caso si es relevante reconocer que hay varas cosas que analizar.</p>

## Anexo D

**Entrevistado:** Dra. Lineth Boada, Jueza de lo civil en primera instancia en el Cantón Cuenca.

<p><b>¿Con base en qué criterio de proporcionalidad se ordenan las providencias preventivas?</b></p>	<p>El Art.351 del COGEP establece el límite hasta el cual se puede ordenar una providencia preventiva, por ejemplo, si se pide más de una providencia preventiva y sobrepasa el monto de lo que se demanda, entonces sería desproporcionada.</p> <p>Con base en la cuantía, nosotros como jueces podemos determinar si una providencia preventiva es procedente, proporcional o no. Cuando aplica este principio, cuando, por ejemplo, hay abogados que te piden el secuestro de un carro y parte la prohibición de enajenar de un bien inmueble, entonces, es ahí donde aplica el principio de proporcionalidad, el juez está obligado a revisar si el monto es igual a la cuantía o sobrepasa. Cuando sobrepasa el monto del documento.</p>
<p><b>¿Qué tan proporcional es una medida cuando el valor del título ejecutivo es menor al valor del bien que se pretende cautelar?</b></p>	<p>Otro ejemplo, me piden el cobro de una pagaré de 7,000 dólares y el secuestro de una camioneta Chevrolet Explorer que cuesta cerca de 50,000 dólares, entonces ya no sería proporcional. Si hay casos de abogados que solicitan estas providencias, yo no les concedo cuando esto sucede.</p> <p>En este caso, si es gravoso, efectivamente cuando tú demandas el título como obligación ya, salvo que haya excepciones.</p> <p>Si se dan casos en los que te piden más de lo que el monto. Generalmente, cuando aparte de una quieren de esa medida conceden otra.</p>

	<p>Vos sabes, que las letras de cambio, el derecho de crédito ya está declarado, si solicita una providencia preventiva y luego se llegará declarar que si existe excepciones a la letra, en este caso, pero la norma no dice qué pasaría si es mayor. Entonces, podría ya no ser proporcional.</p>
<p><b>¿Qué pasaría si este único bien, el único medio de trabajo del deudor?</b> <b>¿Qué análisis se realiza para otorgar la providencia preventiva?</b></p>	<p>En este caso, sí es complicado, y si sucede, si es gravoso, difícilmente un procedimiento ejecutivo por este tema puede llegar a convertirse en una acción de protección. Claro, tú te pones a analizar un derecho de trabajo va el de crédito. Aquí ya estarías superando la esfera. Aquí, si le complicas al juez, aquí el deudor podría rendir con caución. Poner dos medidas que ya excedan el monto de la demanda no estaría bien.</p>