

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURIDICAS

MAESTRIA DE DERECHO PROCESAL

TEMA: **MEDIDAS CAUTELARES EN EL**
PROCESO CIVIL

Tutor: Doctor Octavio Martínez Ordóñez

Sustentante: Licenciada Maria Rosario Ibarra Padilla

A mis hijos

INDICE-

I. INTRODUCCIÓN.

II. CONCEPTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

III. FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

IV. CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

V. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

VI. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

VII. FUNCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

VIII. PROCESO CAUTELAR

IX. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

1. EMBARGO

A) PREVENTIVO

B) EJECUTIVO

2. SECUESTRO

3. DE LA EXHIBICION y DEPOSITOS DE LAS COSAS MUEBLES

4. EL ASEGURAMIENTO DE BIENES LITIGIOSOS.

X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION.-

El estudio del proceso cautelar, junto con el de otros fenómenos procesales, ha permitido establecer la autonomía de la acción con respecto a la pretensión.

Fuera del alcance de las disidencias actuales, no cabe duda de que la vieja tesis, que consideraba la acción como una simple cualidad o aspecto del derecho subjetivo material y no como un verdadero y propio derecho autónomo, ha sido ampliamente superada. El poder jurídico de obtener una medida cautelar es una forma por si misma de acción (acción cautelar) y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe, y sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la sentencia.¹

¹ Reimundin Ricardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Viracocha.

Juzgar y ejecutar lo juzgado son funciones que corresponden exclusivamente a los Jueces y Tribunales, pero en nuestro sistema no se producen instantáneamente en el tiempo, sino que es necesario, a través del cauce del proceso, realizar con intervención de las partes, una serie de actos procesales (alegaciones, prueba, conclusiones) que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva y proscriban la indefensión. Es el llamado trámite procesal cuya duración, a veces, puede convertir en estéril e inútil la ejecución de la sentencia final que ponga término al proceso. Esto se combate a través de las medidas cautelares.

Siguiendo a Carnelutti y a Calamandrei, las medidas cautelares tienen como función evitar que se realicen por el demandado, durante el curso del proceso, actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión que se ejercita.

La doctrina más reciente ha puesto más claramente de relieve que la acción posesoria (ejemplo típico de acción cautelar) no es más que un derecho a pronunciamiento judicial; el poseedor sólo tiene un derecho frente al juez, para que este provea el mantenimiento del estado de hecho. Se establece de

esta manera un deslinde perfecto entre derecho subjetivo material y derecho subjetivo procesal. El derecho de obtener que el oficio provea sobre la conservación de un estado de hecho es una manifestación de la autonomía de la acción como derecho subjetivo procesal de las partes independiente del derecho subjetivo material. La distinción entre los dos derechos afecta tanto a su contenido como a sus sujetos pasivos: El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litigio y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés a la composición de la litis por sujeto pasivo al juez o en general al miembro del órgano que corresponda decidir sobre la demanda²

II. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES.-

Si falta la declaración judicial o contractual apta para la ejecución forzosa /título ejecutivo/ o si la ejecución misma exige un plazo más o menos largo y mientras tanto se presentan tales circunstancias que impiden en todo o en parte, o hacen más difícil o gravosa la adquisición del bien al cual se aspira en el día en que esté declarada la voluntad de la ley o esté pronta para despacharse la ejecución, se puede prevenir este peligro, acelerando la

² Ibidem.

ejecución, en los límites legales o con otras resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de cosas.

Tales medidas especiales, determinadas por peligros o urgencia, **son llamadas provisionales cautelares o de conservación, porque se dictan con anterioridad a la declaración de la voluntad concreta de ley que garantiza un bien, antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.**³

Se excluyen todos aquellos procedimientos de cautela que pueden exigir la intervención del juez, pero que estando concedidos únicamente en el supuesto de la efectiva existencia del derecho, son, en realidad, accesorios al derecho mismo, obligaciones accesorias del obligado que pueden hacerse valer también mediante una acción ordinaria de condena, pero que no son puras acciones y no tienen carácter provisional.

El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción – acción aseguradora -; y es pura acción, que no puede

considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tienen ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez. También aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.

Las medidas cautelares son actos procesales directamente conectados con la ejecución, o mas bien, con el proceso de ejecución, dichas medidas sirven para garantizar que el derecho que se invoca en la demanda, si fuera declarado en la sentencia, no quedará reducido a una simple declaración, sino que se podrá realizar. Las medidas cautelares están relacionadas con la pretensión material y su ejecución, y en un principio surgieron como una forma de solucionar las consecuencias que produce la moral jurídica, esto es la tardanza en el trámite normal de un proceso civil, no obstante este requisito ha perdido su vitalidad para justificar las medidas cautelares, las cuales obedecen a la necesidad de garantizar o tutelar un derecho aparente, sin importar tanto la moral jurídica. Lo que interesa no es el tiempo que

³ Chiovenda Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Vol. 4. Editorial Harla..

tardará en conceder el derecho, sino de tutelar ese derecho de inmediato para evitar perjuicios irreparables.

Son instrumentos de acción rápida para asegurar el principio recogido en la jurisprudencia comunitaria europea de que la necesidad del proceso para obtener la razón, no se convierta en un daño para el que la tiene.

Bajo este concepto se comprende una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en éste o en otro proceso. Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, el secuestro, etc., sino que son aún mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas.

Encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o

la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Más que a hacer justicia, está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.

Según el autor Podeti, en su obra Teoría y Técnica del Proceso Civil, las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de los interesados, o de oficio para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho y/o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede ser no definitivo.

Así podemos decir, que las medidas cautelares son medios, que ha pedido de parte realiza la jurisdicción, a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial o para terminar la seguridad de la persona.

III. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

Una medida cautelar responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la declaración definitiva. Basándose en esto, la resolución de cautela puede ser revocada, modificada o confirmada; en este último caso, puede transformarse en una medida ejecutiva. La acción aseguradora es, pues, en sí misma, una acción provisional; y esto comporta que se ejercite, por regla general, a cuenta y riesgo del actor, es decir, que éste, en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, tenga culpa o no.

A manera de garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, ésta puede ir acompañada de una medida de contra cautela, es decir, el mandato al acto de prestar fianza.

Las condiciones de la medida preventiva se funda en el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho: a) en cuanto a la posibilidad del daño, el juez debe

examinar si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, cuál sea la mejor manera de proveer; b) respecto a la posibilidad del derecho, la urgencia no permite sino un examen completamente superficial – *summaria cognitio* –.

Las medidas preventivas podrán decretarse:

- a) Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien debe entablarse o se haya entablado una demanda;
- b) Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;
- c) Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

Las medidas cautelares pueden perseguir el aseguramiento de una ejecución forzada – embargo preventivo, secuestro, inhibición, etc., y puede también tener una función distinta como consecuencia lógica de la eliminación de la defensa privada. El Código de Procedimiento Civil de Chile asigna expresamente una finalidad limitada: *asegurar el resultado del juicio* – arts.

280, 286, y 288 -. Pero la tutela cautelar tiene, como decimos, una función más amplia, pues tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional.

La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho – *nihil lite pendente innovetur* – sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, un arma para constreñir a su adversario a la rendición y obtener así en el mérito una victoria, es decir, pasa frecuentemente a ser un medio expeditivo que sirve para poner a una de las partes en condiciones de inferioridad antes de decidirse la litis.

La razón de que tome el nombre providencia cautelar: *cautela, de cavere*, significa diligencia, previsión o precaución.⁴

⁴ Carnelutti Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Harla. Volumen 2.

Pretenden contrarrestar los peligros de daño que pueden ocasionarse por la imperfección del proceso judicial, o sea es el peligro de daño a que están expuestos los ciudadanos con ciertas actuaciones judiciales, pues como es conocido todo proceso judicial dura mucho tiempo en su trámite y es posible que durante él ocurran hechos que hagan de imposible cumplimiento lo resuelto en la sentencia definitiva.

Así, el fin de las medidas cautelares consiste en asegurar el resultado práctico de las sentencias que deben recaer en los procesos; son importantes en nuestra vida jurídica las medidas cautelares, porque siempre los acreedores las buscarán para asegurar su crédito, es decir, que las medidas cautelares se van a ocupar siempre como una forma de asegurar las resultas de un proceso, logrando así el cumplimiento de la sentencia que se haya dictado.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

Además de la característica esencial de las medidas cautelares (la instrumentalidad) que constituye su propia función jurídica, existen otros rasgos característicos que contribuyen a su definición y a obtener un

concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, como característica y función, se convierte en el verdadero quid lógico de las medidas cautelares; no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, son propiedades de la medida cautelar que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.

La doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son las denominaciones de las características propias a las medidas cautelares. Hemos concatenado su enumeración en la doctrina estudiada, para encontrar el vocabulario uniforme y correcto.

1) **Provisoriedad**: Cuando decimos que las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior precava un peligro estamos abordando el aspecto de su provisoriedad. La provisoriedad de las providencias cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar suple un efecto a la providencia

definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

Por otra parte, hay que establecer la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal (ya Calamandrei la ha dejado clara) es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar.

Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio.

2) **Judicialidad:** Judicialidad en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia. Por regla general aparecen intrínsecas en un juicio, siendo el requisito de pendiente lite una manifestación del carácter de judicialidad. Esta característica permite también distinguir las medidas cautelares de los derechos cautelares.

3) **Variabilidad:** Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias que, aun estando ejecutoriadas, pueden ser

modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen.

Un ejemplo típico de sentencia es la definitiva del procedimiento de medidas preventivas típicas: se reducirá o aumentará el monto de lo embargado, se sustituirán los bienes afectos, se suspenderá sobre los inembargables, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la providencia definitiva; entretanto, los efectos inciertos de ésta se supondrán iguales a la pretensión del actor, en base a la presunción de procedibilidad del derecho que se reclama. Si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. De esto se sigue que produzca una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo modificable. La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres casos: a) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella; o bien, porque al desestimar la pretensión del actor

declara la innecesidad de asegurar un derecho inexistente; b) Cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el procedimiento de medidas preventivas típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información del derecho primitivo que la acordó, independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal; c) al ser revocada por el juez que admite la medida de contracautela.

4) **Urgencia:** La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es prohibidamente suplida por las medidas cautelares. Esas dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación, las providencias cautelares tienden a la justicia intrínseca de la providencia para que se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. La causa impulsiva de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado (ese

retardo) en la inobjetable ecuanimidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte.

El daño que se persigue evitar en la cautela preventiva definitiva, por ejemplo, puede adoptar diferentes formas y halla su origen en la misma parte demandada, en tanto que el daño en las providencias cautelares (provisionales), se concreta siempre en el retardo de la satisfacción definitiva del derecho sustancial. Este carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Basta que haya indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que el Juez actúe recurrentemente. Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución aquí debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámites. Esta forma de evitar retardos y trabas, consiste en los mismos medios de precaución que contempla el procedimiento penal sumario hasta la detención efectiva del indiciado, sea, en la celeridad. Sin embargo, en el procedimiento de nuestras

medidas preventivas sólo existe la celeridad, que se ha logrado perfectamente mediante la suspensión provisional del principio de bilateralidad de la audiencia.

No es necesario consagrar en las medidas preventivas ambos factores de celeridad v reserva, porque uno de ambos es suficiente para lograr la precaución deseada, y así lo tiene establecido el legislador al consagrar la celeridad en las formas de la tramitación para obtener el decreto y ejecutar la providencia. No debe entenderse que la característica de urgencia de las providencias cautelares debe erigirse en requisito de procedibilidad de las mismas. Aun cuando la ley exige de un modo directo o indirecto, la prueba del peligro de insolvencia en el caso de las medidas preventivas en modo alguno se puede inferir que sea la intención de la ley exigir la prueba de la celeridad por parte del solicitante. Esto se debe a que la urgencia constituye, la causa motivo, un elemento constante, en el concepto de medida cautelar.

V. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

La providencia cautelar no se limita a regular el desarrollo del proceso; más bien que un alcance meramente procesal, la providencia cautelar tiene un alcance claramente sustancial y, por tanto, extraprocesal.

Generalmente los presupuestos señalados para que puedan proceder las medidas cautelares son:

- 1º) Una presunción de verosimilitud del derecho subjetivo sustancial;
- 2º) La existencia de necesidad de tutela jurídica;
- 3º) Una caución suficiente para responder por los daños y perjuicios que se originen
- 4º) La litis, aunque su fin no es la composición de la litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica.
- 5º) Que exista una situación tutelable, en función de la pretensión que se está ejercitando en el proceso.
- 6º) Que exista “apariencia de buen derecho” (fumus boni iuris), esto es, probabilidad de que el resultado del proceso sea favorable al actor.

7º) Principio de prueba, constituida por cualquier elemento que aunque no constituyendo prueba plena, lleve a una creencia racional de la certeza de lo que se alega.

8º) Peligro en la demora (*periculum in mora*) o existencia de un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia.

9º) Prestación de fianza por el solicitante, para garantizar los perjuicios que pudiera ocasionar la medida a adoptar.

Por el primero de los presupuestos, se desprende que basta la apariencia de buen fundamento, el llamado *fumus boni juis*, es decir, que existan argumentos suficientes que hagan creer en la existencia del derecho invocado.

Un paso adelante, notable, ya que no propiamente decisivo, se ha dado cuando se ha descubierto que el proceso cautelar no existe por sí mismo, sino en relación al proceso de cognición o de ejecución y se le ha reconocido, de esta manera, un carácter instrumental. Mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso

cautelar, en cambio, **sirve para la tutela del proceso**; por tanto, su eficacia sobre la litis es mediata a través de otro proceso.

Normalmente se establece un procedimiento unilateral, porque en el proceso cautelar, por su carácter sumarísimo, se puede resolver **unaudita** parte, pues de lo contrario se desnaturalizaría la providencia urgente que se quiere adoptar.

El principio de bilateralidad de la audiencia se verifica mediante el recurso de apelación que se concede contra toda providencia cautelar y también mediante el respectivo incidente de levantamiento, caducidad o sustitución de la medida cautelar.

El problema fundamental que plantean las medidas cautelares es el de establecer un equilibrio exacto entre los intereses del acreedor y del eventual deudor.

1. Salvo que el acreedor disponga de un título ejecutivo de factura extrajudicial entre la afirmación del derecho a cualquier tutela jurisdiccional (demanda) y su efectiva concesión y realización práctica (ejecución forzosa) el ordenamiento jurídico interpone siempre un

proceso de declaración. Sirven las actividades que integran ese proceso para averiguar sobre la razón de quién afirma tener derecho y, averiguado que lo tiene para proveerle de un título ejecutivo que le franquee el acceso a la ejecución forzosa.

Con la finalidad de evitar estos peligros y asegurar, que, en caso de ser necesaria, será posible la hoy hipotética ejecución de la sentencia que se dicte, el derecho permite al demandante que solicite y al juez que acuerde diversas medidas de aseguramiento de una eventual ejecución, a las que se llama de nombre genérico medidas cautelares.

2. La medida cautelar que adopte debe ser semejante a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia. De esta semejanza dependen por igual su utilidad y su licitud
3. Normalmente con las medidas cautelares se pretenden impedir eventuales maniobras fraudulentas del deudor; éstas se ordenan, como las ejecutivas, sin oír a las personas frente a quien se adoptan.

Las medidas cautelares pueden perseguir el aseguramiento de una ejecución forzosa (embargo preventivo, secuestro, inhibición prohibición de contratar, etc.) y puede también, tener una función distinta como consecuencia lógica

de la eliminación de la defensa privada. La tutela cautelar tiene como decimos, una función más amplia pues tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional.

Una medida cautelar no puede adoptarse en base a la petición pura y simple del solicitante, es necesario la concurrencia de una serie de requisitos justificadores de la injerencia que se va a producir en la esfera jurídica del sujeto pasivo.

Se requiere para la adopción de cualquier medida cautelar la presencia de un *fumus boni iuris* y de un *periculum in mora*.

a) El <*fumus boni iuris*> o *apariencia de buen derecho*.

Para la adopción de cualquier medida cautelar se exige, por regla general que el solicitante acredite el derecho en base al cual funda su pretensión. El solicitante de una medida cautelar al pedir su concesión afirma la presencia

de una situación jurídica cautelable; sin embargo, la resolución estimando dicha pretensión se va a basar no en la certeza sino en la apariencia, en la verosímil existencia del derecho alegado.

Si para obtener una medida cautelar es suficiente con una apariencia fundada de verdad del derecho alegado, debe ser suficiente también, que la cognición cautelar pueda limitarse, como dice Calamandrei a un juicio de probabilidad, de verosimilitud.⁵ No es conveniente sin embargo, que si bien el juzgador no debe buscar la certeza, tampoco debe quedarse en la superficie. Se trata en sustancia de comprobar que el derecho cautelable pueda razonablemente y con toda probabilidad ser reconocido en la sentencia del proceso principal.

b) El <periculum in mora> como presupuesto de toda medida cautelar.

Un fundamento indiscutible de la tutela cautelar es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo - normalmente necesario e innecesario en ocasiones - en el ejercicio de aquellas funciones constitucionalmente encomendadas a los órganos jurisdiccionales. Este

⁵ Calderón Cuadra, María Pía. Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil. Estudios de Derecho Procesal.

presupuesto está estrechamente vinculado no solo al origen sino a la propia función que debe realizar la cautela.

Señala Calamandrei que el *periculum in mora*, “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario...”⁶

En esta definición aparecen los dos elementos integrantes de este presupuesto, el retraso y el daño marginal que se produce precisamente por esa demora. La demora está referida a la duración del proceso, que se puede calificar de normal y necesaria, pero que en ocasiones se ve incrementada por inútiles e injustificables dilaciones; contribuye en su calificación de justa, pudiendo, por el contrario privarla de efectividad.

⁶ Ibidem

Si ese daño es causado siempre por la duración del proceso, si afecta en cualquier caso a la sentencia impidiendo que sea, en mayor o menor medida, efectiva, cabe concebir, el *periculum in mora* de forma unitaria.

c) La fianza.-

El término fianza se ha venido utilizando para designar aquel mecanismo mediante el cual se pretende, contrarrestando la gravedad que supone la adopción de una medida cautelar, garantizar al sujeto pasivo de los eventuales daños y perjuicios causados por la realización de la medida.

En España la fianza constituye un tercer presupuesto distinto de los otros dos presupuestos. Es decir, la obtención de una medida cautelar o su eficacia depende, por regla general, tanto de la existencia de una apariencia de un buen derecho y de un peligro, como de la prestación de caución.

En todas aquellas medidas donde la imposición de una contracautela se deja al arbitrio judicial, el juez no dejará de estar influido por los otros dos presupuestos. A mayor grado de apariencia las razones que justificarían la fianza disminuirían y viceversa, alegado un cierto peligro; su mayor o

menor acreditamiento puede servir al órgano jurisdiccional para requerir la prestación de fianza.

Si la finalidad de la fianza es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita, es lógico que su cuantía venga determinada por esos posibles daños, cuya fijación será discutida. Aunque el Juez tenga presente principalmente en su cuantificación el primer elemento, no dejará de verse influido por otros aspectos, entre los cuales se encontrarían los referentes a la propia medida cautelar, presupuestos, efectos e incluso otros de carácter subjetivo dependientes de la situación económica del solicitante.

V. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. Es juez competente el que lo sea respecto de la pretensión principal. En nuestra legislación, se establece que el embargo y el secuestro preventivos proceden antes de promoverse una demanda para

obtener el pago de una obligación o la entrega de la cosa cuyo dominio se reclama por persona determinada. Proceden también dentro de los juicios en que se persiga el pago de una obligación o se reclame cosa determinada. En ambos casos, los procedimientos empleados para obtener el embargo el secuestro son diferentes.

Las medidas precautorias decretadas serán válidas siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones legales, pero no prorrogarán su competencia.

Como es lógico, de la adopción de cada concreta medida cautelar suele depender de presupuestos específicos; como suele, también ser diversa la importancia que se da, o la intensidad con que se exige, la presencia de un determinado requisito. Aún así, conviene saber que, con carácter general, la adopción de medidas cautelares está condicionada a los siguientes presupuestos:

- a) Quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho – lo que ha dado en llamarse *fumus boni iuris* – ordinariamente, presentando un principio de prueba por escrito. No basta la simple afirmación del actor ni es preciso que éste

presente un título ejecutivo como es necesario para la ejecución forzosa; generalmente esta justificación se realiza mediante la presentación de uno o varios documentos o títulos que pueden ser públicos o privados, pero de los que es preciso que se derive una apariencia de derecho a favor del solicitante.

- b) Que existe un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposibles una futura ejecución. La posibilidad de estas maniobras fraudulentas son la verdaderas causas o fundamentos que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar.
- c) Como regla, quien obtiene a su favor una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueda causarle al demandado si se demuestra que la medida carecía de fundamento y es posteriormente revocada (como consecuencia de la oposición del demandado o porque el actor pierde el litigio.).
- d) Porque su razón de ser es la existencia de un proceso de declaración y su finalidad asegurar la ejecución de la sentencia que en él se dicte, la efectividad y mantenimiento de una medida

cautelar ya acordada está siempre condicionada a que el proceso de declaración se haya incoado – o de que incoe en un breve plazo – y que el proceso no haya finalizado por resolución firme.

- e) Las medidas cautelares adoptadas en un proceso de declaración son revisables, tanto en su subsistencia como en su contenido y alcance. La resolución que acuerda medidas cautelares no produce cosa juzgada, pues ésta se refiere exclusivamente a las sentencias firmes sobre el fondo. Conviene aquí, combinar la necesaria seguridad y permanencia de los pronunciamientos judiciales firmes, con la radical instrumentalidad de las medidas cautelares, de modo que sea posible modificar las medidas cautelares acordadas cuando nuevos hechos o circunstancias no contempladas por el Juez en el momento de adoptarlas aconsejen su revisión.
- f) Con carácter general es incuestionable que la efectiva obtención de una medida cautelar supone un notable ventaja psicológica y económica a favor del actor y en perjuicio del demandado. Por eso cabría preguntarse sobre la conveniencia en abstracto de abstracto de ampliar o restringir los casos sobre la conveniencia de acordar

medidas cautelares y sobre la necesidad de endurecer o facilitar los presupuestos de los que conviene hacer depender su adopción.

VI. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

En las Partidas, antecedente inmediato de muchas de nuestras leyes actuales, podemos encontrar dos figuras fundamentales que procedentes del derecho romano, pretendían garantizar las resultas del juicio: el arraigo y el secuestro.

El actor cuando se dirigía al órgano jurisdiccional para hacer valer su pretensión tropezaba, a la hora de obtener una resolución favorable, con un doble inconveniente. Por un lado, que su deudor careciera de arraigo suficiente; por otro que aunque – arraigado- fuera sospechoso de intentar malmeter, transportar o esconder los bienes cuya reclamación era objeto del litigio. La solución a la primera situación aparecía regulada en la Tercera Partida, Título Segundo, Ley XLI, y consistía en una petición del demandante al juez para que su deudor – demandado -, no arraigado en la tierra - presentase fiador asegurando que a pesar de ello iba a estar a derecho. La segunda, por su parte, era resuelta en la Tercera Partida, Título IX, mediante la institución del secuestro. Con él se pretendió solucionar el

conflicto producido entre una desposesión anterior a la sentencia – secuestro prohibido -, decían los glosadores y una posible frustración del derecho del actor reconocido al final del litigio.

Esta situación se mantuvo inalterada por la Nueva y la Novísima Recopilación, donde las normas cautelares aparecían confundidas con el proceso declarativo, sin tener tratamiento específico. Tampoco la incorporación de España al movimiento codificador supuso una profundización sobre las garantías de efectividad de la propia tutela judicial. La Ley de Enjuiciamiento Civil empezó a regir el 1 de abril de 1881, en la cual el interés demostrado por la doctrina hacia el tema de las medidas cautelares fue prácticamente nulo, la valoración realizada sobre esta nueva modalidad de cautela fue en general positiva. Son los primeros trabajos de los procesalistas españoles los que, incorporando logros de la doctrina alemana e italiana principalmente, tratan la tutela cautelar de forma científica, preocupándose por las medidas cautelares indeterminadas incorporadas en el Art. 1428 Ley de Enjuiciamiento Civil.

La tutela jurídica efectiva, recogida en el texto constitucional español, exigía el desarrollo de un proceso cautelar como garantía de efectividad de ese –

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- y a ello respondió en parte la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984.

El deber jurídico en general y en particular el que emerge en la relación jurídica obligacional como correlativa del derecho del acreedor y así nace la obligación jurídica del deudor con la nota de coercibilidad.

Si el deudor, defrauda la legítima expectativa del acreedor, se habla de un derecho a la prestación, de un derecho al bien debido o de un derecho a la satisfacción de un interés jurídicamente tutelado, así el acreedor puede ejercer el poder de agresión comprendido en el aspecto activo de la relación obligacional que se desprende de su derecho subjetivo, para lograr en primer lugar el cumplimiento específico o in-natural de la prestación debida.

VII. FUNCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

Toda la teoría general de medidas cautelares responde a una construcción doctrinal que se ha ido formando en el tiempo tomando como referencia un hecho indudable de la realidad jurídica, la existencia del proceso. Siendo como es un instrumento a través del cual los órganos jurisdiccionales

cumplen esa función, tradicional y constitucionalmente asignada, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, parece lógico afirmar su carácter temporal.

La incertidumbre que está en la base de todo proceso fundamentalmente de declaración, además de imposibilitar una resolución rápida y acertada a la vez, se proyecta sobre la propia situación jurídica debatida exigiendo una inalterada permanencia durante todo el desarrollo procedimental hasta la decisión definitiva. Este principio conocido desde antiguo – *litis pendente nihil in vetur* – presupone, en cierto modo, que la razón acompaña al demandado. Sin embargo, no se debe olvidar que la incertidumbre afecta a ambas partes y tan protegible es un previsible resultado favorable para el sujeto pasivo como para el actor. Por ello se decía, también, que la prohibición de innovar dejaría de observarse cuando se advirtiera peligro de frustración de los resultados del juicio.

Este, que fue sin duda el origen de las medidas cautelares, sigue presente en la actualidad. La duración inevitable del proceso que contribuye, y ésta es la paradoja, a la correcta actuación del derecho objetivo en el caso concreto, va a permitir al demandado burlar total o parcialmente aquellos derechos que al actor pudieran corresponder. La quiera de la regla general de mantenimiento

del *statu quo* aparece en estos casos plenamente justificada. Es lógico, pues, que el legislador creara un remedio procesal para evitar esos fraudes, para, en definitiva, conseguir la efectividad de la resolución judicial puesta en peligro por la propia duración del proceso.

Mientras el legislador no cree mecanismos adecuados para esta acelerada sociedad, el recurso a las medidas cautelares se convertirá en instrumento para combatir la duración del proceso. Medidas cuya función ya no será únicamente el simple aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán dar un paso más si quieren cumplir la finalidad prevista; que las resoluciones judiciales aunque tardías sean efectivas.

La instrumentalidad como característica configuradora de las medidas cautelares fue formulada por Calamandrei, en su obra “Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares”. Esta nota ha venido acompañando con alguna excepción a cualquier estudio de medidas cautelares. Junto a la instrumentalidad, otras características aparecen con mayor o menor frecuencia en obras doctrinales, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, homogeneidad, pero no identidad con medidas ejecutivas son algunas de ellas, que, sin embargo, no configuran totalmente

la institución. La clave para asignar a una medida el calificativo de cautelar sigue estando, en el carácter instrumental - y en lo que se entiende por tal - que les vincula a un proceso, llamado principal, o más concretamente a la resolución final cuya efectividad se trata de asegurar.

Es cierto que la provisionalidad se perfila como característica de la tutela cautelar, pero, también lo es que acompaña a otros institutos que claramente no pueden calificarse de cautelares. Como se ha dicho, estamos ante el género, tutela provisional, al que pertenece, como especie, la tutela cautelar. Sin embargo, es necesario precisar en qué sentido una medida cautelar es provisional.

Según el Diccionario de la Lengua Española⁷ es lo dispuesto o mandato interinamente, es decir se aplicaría a situaciones de duración limitada cuyos efectos no se prolonguen indefinidamente en el tiempo. Esta idea clásica de provisionalidad como limitación temporal si bien perdura en la actualidad no es la única.

⁷Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Madrid, 1984.

Modernamente se ha hecho mención a un segundo sentido que designaría situaciones durables en las cuales los derechos de las partes presentan el carácter particular de ser revisados, sin embargo no está sujeta a la urgencia que se desprende del anterior significado. Es evidente que este segundo sentido no puede, en toda su extensión, aplicarse a la tutela cautelar.

Las medidas de esta naturaleza son provisionales en cuanto situaciones temporales cuya duración está limitada, por su relación con el proceso principal, a la resolución definitiva del litigio, o a su no iniciación, pero en ningún momento pueden considerarse como situaciones perdurables, a pesar de predicarse su variabilidad.

La instrumentalidad para Calamandrei definida en su obra “Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares” es aquella característica configuradora de las medidas cautelares que las vincula a un proceso principal, al que sirven garantizando la efectividad de su resultado. Señala este mismo autor, que las resoluciones cautelares no son un fin en sí misma, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente.

Como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal a la tutela judicial que en él se presta. Ello se traduce en una serie de consecuencias que deben estar presentes para poder afirmar la existencia de esa relación de dependencia con el proceso principal.

En primer lugar, si la medida está preordenada a un proceso pendiente, sólo podrá acordarse en tanto en cuanto ese proceso se haya iniciado. El legislador, establece sin embargo, excepcionalmente la posibilidad de adopción previa en cuyo caso la subsistencia de la medida dependerá de su vinculación ulterior al proceso principal, vinculación que se produce con la interposición de la demanda dentro del plazo legalmente previsto.

En segundo lugar, la instrumentalidad exige que finalizado el proceso principal la medida cautelar se extinga. Nacida en previsión de la prestación de una tutela judicial, obtenida ésta, la resolución cautelar no sólo no aspira a transformarse en definitiva sino que además está destinada a desaparecer, precisamente por falta de fines.

En tercer lugar, y en estrecha relación con la anterior consecuencia, la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración limitada, resultado del carácter provisional que la informa, pero, es la instrumentalidad la que determina su momento final. Es cierto que no se sabe con exactitud cuando desaparecerá, pero el régimen objetivo de la institución exige que su permanencia no sea indefinida en el tiempo. La imprescindible vinculación a un proceso principal hace necesario que desaparecido éste, o no iniciado en el supuesto de adopciones previas se ponga fin a la cautela. Es pues, la instrumentalidad el límite temporal de toda medida cautelar.

Por último, existe una correlación entre la medida que se va a adoptar y el posible contenido de la sentencia. Los efectos que se derivan de la cautela deben ser adecuados para cumplir esa función asignada de asegurar la efectividad práctica de la resolución definitiva, en otro caso, no existiría instrumentalidad y en consecuencia la medida no podría ser concedida o debería ser revocada.

Si configuramos la instrumentalidad como una relación de servicio que vincula a toda cautela con un proceso principal, de modo que no es fin en sí misma sino medio para garantizar la efectividad de los resultados de ese proceso, es lógico que afirmemos la naturaleza cautelar de esas medidas. No lo sería si consideráramos que la relación instrumental sirve únicamente para asegurar la ejecución y no para garantizar la efectividad de la sentencia.

VIII. PROCESO CAUTELAR.-

Aspectos relevantes del proceso cautelar como la competencia y la legitimación de las partes se encuentran contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española inspirados en el principio de justicia rogada o principio dispositivo. A saber:

Competencia.-

A diferencia de la antigua redacción del artículo 1428 Ley de Enjuiciamiento Civil el nuevo texto surgido en 1984 va a incorporar una norma expresa sobre el órgano competente para conocer del proceso cautelar. Ciertamente con anterioridad tal regulación no se requería, si la solicitud solamente era

admisible con la demanda o después de ella la competencia se resolvía con criterios funcionales a favor del juzgado que estuviere conociendo del proceso principal.

Al admitir expresamente solicitudes previas a la interposición de la demanda, es evidente que hacia falta una norma competencial. A tal fin respondió la establecida en el párrafo IV del artículo 1428 Ley de Enjuiciamiento Civil “será juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal”.

Las ventajas de una regulación de este tipo son evidentes, atribuyendo el conocimiento del proceso cautelar precisamente a aquel juez o tribunal que deba resolver sobre el proceso principal se evitan supuestos de competencia distintas.

Si nos preguntamos ante que órgano jurisdiccional debería presentarse una solicitud previa de cautela inmediatamente responderíamos ante el juez que sea competente para conocer del proceso principal. Esta escasa claridad en la respuesta, surge la pregunta Cual será el órgano competente para conocer si la referencia se hace a un proceso no iniciado? Nos encontramos quizás ante

el supuesto mas complejo, que exigirá del solicitante la determinación previa de cual será el órgano competente para el proceso principal y ante el ejercitar su pretensión. Puede ser:

a) Competencia objetiva:

Desde este punto de vista la norma atribuye el conocimiento de la medida cautelar a un Juez jerárquicamente competente para conocer sobre el fondo del asunto. Se excluye, por lo tanto, el conocimiento del Juzgado jerárquicamente incompetente, que en otros supuestos, puede actuar a prevención por razones de urgencia.

La solución a problemas de competencia que pudieran originarse podría ser dada por las siguientes consideraciones:

1.- El órgano jurisdiccional por imperativo legal deberá con carácter previo examinar su propia competencia y descubierta su falta abstenerse de conocer. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene el sujeto pasivo de ponerla de manifiesto.

2.- Adoptada la medida cautelar por órgano objetivamente incompetente y descubierta su falta ya iniciado el proceso principal la única consecuencia posible, pese a su gravedad, es la nulidad.

b) Competencia territorial:

Una vez determinada la competencia objetiva, a favor del órgano jurisdiccional que vaya a conocer del proceso principal el siguiente paso es saber por quien es el territorialmente competente para conocer de estos procesos cautelares iniciados con anterioridad a la demanda. Los preceptos determinados que con carácter general regulan la competencia se conjuga con lo regulados por lo dispuestos en las normas:

1.- El juez de oficio, no puede controlar su propia competencia territorial. Salvo excepciones establecidas por leyes específicas.

2.- El principio dispositivo rige plenamente en el proceso cautelar, se inicia siempre a instancia de parte.

3.- El demandado, o mejor el sujeto pasivo de la medida cautelar, puede adoptar como el en proceso principal varias posturas:

- La omisión de toda actuación tanto para el proceso cautelar como para el principal no implicara en modo alguno, sumisión tacita del sujeto

pasivo. Decretada la medida sin presencia del mismo, este, ya demandado, podrá promover cuestión de competencia en el proceso principal.

- El sujeto pasivo comparece en el proceso cautelar y plantea cuestión de competencia o simplemente hace protesta formal y reserva el promoverla en el proceso principal.
- Por ultimo, comparecencia del sujeto pasivo sin que su actuación venga referida a plantear cuestión de competencia.

Legitimación de las partes.-

En el sistema procesal se encuentra vigente el principio dispositivo que hace necesario la iniciación del proceso cautelar a instancia de parte. El juez bajo ninguna circunstancia podrá de oficio comenzarlo.

Aunque se podría pensar en el órgano jurisdiccional estuviera interesado en que la resolución del proceso cautelar – siendo su finalidad básica asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere – no se convirtiera en papel mojado. Existe un interés público más allá del exclusivamente privado a que las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado efectivamente funcionen.

El juez podrá adoptar a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste el proceso cautelar. Pues, se exige previa petición de parte para iniciar el proceso cautelar, con lo se confirma el viejo principio de que la justicia civil es rogada.

Excluida la iniciación de oficio, falta por determinar quién es la persona legitimada para iniciar el proceso cautelar. Partiendo de la aplicación de las normas generales sobre capacidad para ser parte y capacidad procesal, nuevamente el carácter instrumental del proceso cautelar hace que el problema de la legitimación se resuelva con relación al proceso principal. En virtud de esta instrumentalidad se puede decir, que personas legitimadas para solicitar y contra ellas adoptar una medida cautelar serán quienes la ostenten

para intervenir tanto activa como pasivamente en el proceso principal, produciéndose una identidad de partes en ambos procesos.

Si el proceso cautelar es iniciado antes del proceso principal, es evidente que única y exclusivamente estará legitimado para realizarla aquella persona que intenta valer una pretensión a través de un determinado proceso. La medida cautelar se pedirá, a su vez, frente al sujeto que va a ser demandado. La legitimación activa y pasiva del proceso cautelar deberá ser la misma que la del futuro proceso principal. El solicitante asumirá la posición de actor al, en su día, demandado que ostentará la legitimación pasiva, en uno y otro caso.

En conclusión, la legitimación para el proceso cautelar y para el proceso principal debe seguir el mismo camino. No hay proceso cautelar sin principal, consecuentemente sujeto legitimado para iniciarlo será aquel que tenga legitimación en el proceso correspondiente, es decir el demandante o demandado reconviniendo, en definitiva, los destinatarios de la sentencia que en él recaiga.

IX. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.-

La doctrina no ha conseguido hasta hoy esbozar una clasificación de las medidas cautelares reguladas en nuestro derecho que sea específicamente aceptada y la causa es, el desorden y falta de sistemática de leyes vigentes.

Pero podemos clasificarlas, en dos grandes grupos:

- a) de modo genérico una medida cautelar que sirve para asegurar la efectividad de una futura condena pecuniaria, ya se pida como principal o como accesoria de otra: el llamado embargo preventivo.
- b) Por otro lado, de carácter general las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la futura ejecución de una condena no pecuniaria y que, como no sabemos como llamarlas las conocemos con el nombre de medidas cautelares innominadas.

Mas, aunque con estos dos grandes sistemas sería absolutamente suficiente todas las hipótesis posibles la ley regula también una serie de medidas cautelares típicas previstas para casos concretos como son: la anotación preventiva de demanda, la exhibición y depósitos muebles y la intervención judicial de bienes inmuebles.

Medidas cautelares en el derecho civil nicaragüense.

El Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua reglamenta las siguientes medidas cautelares:

1. Embargo:

- Preventivo
- Ejecutivo

2. Secuestro.

3. De la Exhibición y Depósitos de las Cosas Muebles.

4. El Aseguramiento de Bienes Litigiosos.

1. EMBARGO PREVENTIVO.- Este se encuentra regulado en los Artos. 886 al 905 del Código de Procedimiento Civil de la Republica de Nicaragua.-

Podemos definirlo como el aseguramiento jurídico o material de bienes determinados que quedan afectados a las resultas de un juicio.

Otro concepto que podemos anotar es, que el Embargo es la sujeción de uno o más bienes individualizados del deudor o eventual deudor, a un régimen jurídico especial que consiste en su deber de abstenerse de todo acto jurídico o físico que pueda tener por resultado disminuir la garantía que dicho bien concreta y en la circunstancia de que el titular del dominio del bien embargado en lo sucesivo no puede ejercer determinadas facultades, aún legítimas, sin autorización judicial. En este sentido podría decirse que entre el dueño y el bien se interpone la jurisdicción.⁸

La palabra embargo se deriva del latín “imparari” que significa asegurar una cosa, poner mano en ella, secuestrante. De ahí se desprende la afirmación de la doctrina de que embargo es la facultad de poner mano sobre una cosa del deudor para forzarlo al cumplimiento de sus obligaciones.

Nuestro Código de Procedimiento Civil indica el procedimiento del Embargo Preventivo en el Libro III de Jurisdicción Contenciosa, Título VII. Del Arto. 886 Pr. se deduce que el embargo de la cosa es el secuestro de la misma porque el término cosa indica que se trata de reivindicar un bien que el dueño ha perdido o que otro la posee sin título. Título significa no

⁸ Álvarez Juiá Luis, R.J. Neuss Germán. Wagner Horacio. Manual de Derecho Procesal. 2da.

solamente el documento que comprueba el dominio de una cosa sino también la causa de alguna obligación o derecho. Propiamente embargo es la traba en bienes del presunto deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación.

El embargo no concede directamente al embargante facultad sobre el bien, propias del derecho de dominio, pero sí de petitionar al juez los actos tendientes a que la garantía concreta no se reduzca. Le concede lo que se ha llamado posición de preeminencia.

El embargo puede recaer sobre cualquier bien del deudor con exclusión de los inembargables establecidos por la Ley, a diferencia de la inhibición general de bienes que, potencialmente se refiere a todos los muebles e inmuebles del deudor: renta, frutos, efectos o bienes raíces del deudor que pretenda sustraerlos o enajenarlos.

El embargo constituye una medida decretada por un juez para la retención de bienes muebles del deudor, perdiendo éste la libre disposición de dichos bienes.

Otros conceptos retomados por el Roberto Ortiz Urbina son, el de Cabanellas quien señala que se entiende en general por embargo “la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha por orden de un Juez o tribunal competente, por razón de deuda o delito, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de diversos órdenes que haya contraído la persona”.⁹

Y el de Escriche. Define el embargo como “la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecho por mandamiento de Juez competente”.¹⁰

Por medio del embargo son llevados al proceso los bienes, que mas tarde mediante su realización forzosa permitirán la entrega o transformación que reclama el titular de una pretensión ejecutiva.

Clases de embargos.-

⁹ Dr. Ortiz Urbina, Roberto. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Bibliografías Técnicas. BITECSA. Octubre 1996.

¹⁰ Ibidem.

Existen dos tipos de embargo; el preventivo y el ejecutivo. El primero es de naturaleza temporal, para asegurar el derecho y no hacerlo ilusorio, y fines precautelativos. Y el segundo es el que da lugar a la ejecución de la sentencia, pero en este caso puede acordarse sobre bienes muebles o inmuebles.

El embargo preventivo lo definimos como aquel que tiene por finalidad garantizar las resultas de un juicio contencioso en el que se persigue una declaración judicial sobre la existencia de una obligación.

El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan o inmovilizan uno o varios bienes de quienes ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o en un proceso de ejecución a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten.

El embargo preventivo se puede tomar sobre cosas o bienes individualizados o sobre universalidad de cosas.

Este tipo de medidas no implican que los bienes embargados queden fuera del comercio sino que los colocan en la situación de poder ser enajenados con autorización del juez que decretó la medida.

El embargo preventivo es exclusivamente cautelar, con miras a un futuro y eventual proceso de ejecución. Es decir, para asegurar las resultas una ejecución que aún no ha sobrevenido y ni siquiera se sabe con certeza si sucederá. Se decreta sólo en los casos autorizados por la Ley, aunque el juicio no esté iniciado, sin intimación previa. Requiere contra cautela y se extingue si no entabla la demanda en el plazo establecido por la ley. Su finalidad es garantizar las resultas de un juicio en el que se persigue una declaración judicial sobre la existencia de una obligación.

El embargo ejecutivo es aquel cuando el acreedor puede hacer uso de un documento público en el que conste la obligación y que no tiene necesidad de una declaración judicial para comprobar su existencia.

El embargo ejecutivo es una medida cautelar en un proceso de ejecución ya declarado admisible, ya que el acreedor hace uso de un documento público

en el que consta la obligación. No necesita la declaración judicial para probar su existencia.

1.1. Procedimiento del embargo preventivo.-

El embargo preventivo de los bienes antes descritos procederá sin más trámite que el pedimento de la parte interesada, previa fianza Apud-Acta de persona abonada y de arraigo, a juicio del Juez para responder por la cosa que se trata de embargar y los daños y perjuicios que ocasionare el embargo. La persona que pide el embargo y afirma que su deudor pretende sustraer sus bienes o enajenarlos, o que es forastero, son circunstancias que no está obligados a probarlos ya que el Arto. 888Pr faculta al Juez decretar el embargo sin más trámite que el pedimento del interesado y exigencia de la fianza.

La finalidad específica del embargo preventivo según el Arto. 890 Pr es que éste solo se podrá utilizar para asegurar el pago de deudas, ya sean en metálicos, ya en géneros, especies o efectos que puedan reducirse a cantidad líquida en metálico.

El propósito del acreedor es que una vez que obtenga sentencia a su favor se proceda a la venta judicial del bien embargado. Como podemos observar, el embargo preventivo está legalmente previsto para los casos en que el actor o demandante alegue la existencia de una deuda pecuniaria, esto es, que pida la entrega de una cantidad de dinero, especies o géneros.

Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles so pena de nulidad del Arto. 170Pr, pero los Jueces y Tribunales están facultados para habilitar los días inhábiles a instancia de parte cuando hubiere causa urgente que lo exige debiendo considerarse urgentes las actuaciones cuya dilación puede causar grave perjuicio a los interesados, o hacer ilusoria una providencia judicial, quedando el Juez o Tribunal facultado para apreciar dicha urgencia, resolviendo lo que estime conveniente sin más trámite que la solicitud y sin ulterior recurso, salvo el de responsabilidad (Arto. 173Pr.)

Se contempla en el Código de Procedimiento Civil también aquel acreedor que en virtud de un instrumento ejecutivo puede pedir que retengan en manos de un tercero las sumas, frutos o efectos que éste tenga pertenecientes a su deudor. En este caso, el Juez accederá desde luego a la solicitud y la retención se tendrá como embargo preventivo. En este particular, el acreedor

no está obligado a rendir fianza en razón de que se considera que el título ejecutivo que hace valer el acreedor es suficiente garantía para la persona que sufrirá el embargo. Aquí la ley ha tomado en cuenta que el título ejecutivo todavía no ha sido objeto de acción ejecutiva, razón por la cual da al embargo el carácter de preventivo.

El auto en que se acuerde el embargo preventivo servirá de mandamiento al funcionario actuario o a cualquiera autoridad o vecino comisionados que hayan de practicarlo (Arto. 901Pr.)

Cuando el embargo ha tenido cabida, decretado éste deberá el peticionario entablar su acción dentro de quince días (de conformidad al Arto. 2° de la Ley de 25 de Enero de 1910) a partir de la fecha en que se efectuó el embargo o secuestro o de y de no hacerlo se levantará de oficio el embargo, o la seguridad por la autoridad competente que conozca del asunto, condenando en costas, daños y perjuicios al que lo hubiere solicitado. Y si el Juez no dictare esta providencia, por el transcurso de los quince días sin deducirse ninguna acción, quedará de hecho levandó el embargo y el peticionario sujeto a las responsabilidades expresadas.

También se podrá contar desde el día en que se efectúe el embargo o secuestro o desde la inscripción del decreto respectivo en su caso de acuerdo al Arto. 5° de la Ley de 19 de Marzo de 1923, reformatoria del Arto. 893.

El acreedor podrá garantizar la obligación que habrá de reclamar, inscribiendo el decreto de embargo o secuestro de bienes raíces en el Registro Público competente de la situación de dichos inmuebles con el objeto de hacer saber a terceros que está en litigio. La inscripción del decreto solamente dura treinta días salvo que dentro de ese término se presente el embargo ya ejecutado para su inscripción. Si no se aprovecha ese término la inscripción del decreto queda cancelada sin necesidad de declaratoria ni de asiento (Arto. 3964 C. Inc. 4).

1.2. Requisitos del Embargo Preventivo.-

Los requisitos o supuestos para la validez del embargo preventivo están contenidos o regulados en nuestra legislación civil en los Artos. 886, 887, 890 y 893 Pr. y son los siguientes:

1.- Se requiere que exista **facultad legal**, esta es amplia ya que basta con expresar que el deudor trata de ocultar sus bienes para protegerse del embargante, en este punto no se necesita haberlo probado.

2.- Rendir fianza **Apud Acta**, de una persona propietaria de bienes libres y conocidos en el lugar del juicio, tal como lo establece el Arto. 3675 C, estas fianzas deben haber sido calificadas muy prudencialmente por el Juez que decreta el embargo preventivo para evitar afectar a los particulares y sobre todo a los mismos jueces ya que de conformidad la Arto. 30 y 2107 Pr, la responsabilidad de los jueces es en subsidio del fiador que fue calificado como bueno o idóneo.

3.- Juzgado donde interpondrá la demanda. Esta exigencia nace a partir de la ley 365 del año de 1958 en su Arto 1°, que señala que la sanción a la infracción de este deber es la nulidad absoluta, que puede ser reclamada por el embargado ante el Juez del Proceso.

4.- Debe necesariamente el embargo preventivo garantizar deudas en metálico o especies o efectos que puedan liquidarse y reducirse a metálico.

2. SECUESTRO.-

Es el depósito que se hace de una cosa en litigio en la persona de un tercero mientras se decide a quien pertenece la cosa.

Se puede afirmar que es la medida cautelar mediante la cual se provoca el desapoderamiento material de un bien, cuando el embargo no sea suficiente por sí solo para resguardar los derechos del peticionante. Procederá toda vez que esté nutrido de documentos de donde surja la verosimilitud de la pretensión que se quiere garantizar o cuando dadas las características del bien se requiera su guarda o conservación con el fin de que el resultado obtenido en el pronunciamiento definitivo no sea inocuo.

Es decir, que el secuestro constituye la retención por la jurisdicción de bienes muebles o inmuebles, que son depositados bajo la responsabilidad de un tercero o del propio solicitante de la medida, mientras se deduce a quién pertenece la cosa. En la antigüedad, se decía que se embargaba lo ajeno y se secuestraba lo propio.

Si bien, se define que el secuestro es el aseguramiento que se hace de una cosa cuyo dominio se atribuye determinada persona y la que queda sujeta a las resultas del juicio. En realidad, secuestrar es aprehender algunas cosas, quitándola de una persona y dándola en custodia a otro, de modo que no podría haber secuestro judicial si la cosa cuyo dominio se persigue queda en poder de la persona de quien se reclama.

En el Diccionario de Derecho Procesal Civil, Pallares define el secuestro diciendo que “es el depósito que se hace de una cosa en litigio en la persona de un tercero mientras se decide a quién pertenece la cosa.”¹¹

2.1. Procedimiento.

El procedimiento en caso de secuestro está establecido en el Arto. 889 Pr. A diferencia del embargo preventivo, el secuestro se revela como un remedio más enérgico para evitar el peligro de deterioro o alteración de la cosa. Por consiguiente, la apreciación de la verosimilitud del derecho, del peligro en la demora y la exigencia de la contracautela debe ser severa. La diferencia teórica entre embargo y secuestro se convierte en práctica cuando el titular

¹¹ Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 2da. Ed. Pág. 610.

del bien es desapoderado de él y se nombra depositario a otro. Por lo tanto, cuando se pide el secuestro por temor de que la cosa se deteriore en poder del demandado se sustanciará y resolverá el incidente en juicio sumario, pero si el interesado indicare que el peligro de deterioro es inminente se procederá al Arto. 888 Pr.

En los casos en que puede preceder al juicio el secuestro de la cosa a petición de parte en los casos previstos por la Ley se procederá sumariamente si no hubiere trámite especial señalado. Esto quiere decir, que proceder sumariamente en los casos de secuestro preventivo significa admitir el pedimento rindiéndose la fianza Apud-Acta. También si el interesado indicare que el peligro de deterioro es inminente no se abrirá incidente exigiéndose solamente la fianza Apud-Acta.

2.2. Diferencia entre el Embargo Preventivo y Secuestro.

Las diferencias entre el embargo preventivo y el secuestro son:

- Que en el embargo, el presunto acreedor se propone una vez obtenida la sentencia a su favor la venta judicial del bien embargado y el secuestro
-

persigue la cosa misma en que recae y la que alega dominio, es aprehender la cosa, quitándosela a quien la tiene y dándosela en custodia a otra persona; no hay secuestro si el bien queda en manos de quien se reclama.

- El secuestro recae sobre cosas ciertas y determinadas acerca de las cuales existe o ha de promoverse una controversia judicial, el embargo preventivo versa sobre cualquier bien que se halle en el patrimonio del deudor, y cual eventual realización permitirá satisfacer el crédito por el cual se procede.
- También difieren las medidas en cuanto a sus efectos, pues en tanto los bienes embargados pueden ser usados por el deudor, sí éste ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en el caso del secuestro, pues las cosas afectadas por la medida se ponen en manos de un tercero.

2.3. Cuando proceden el embargo preventivo y el secuestro.-

El *embargo preventivo* procede en cualquier estado del pleito, pero dentro de él, conforme al Arto. 3515C. Y con sujeción a las disposiciones de este Título, más las diligencias que la efecto se practiquen, no interrumpirán el juicio principal.

El *secuestro* procede según el Arto. 3515C. Antes de iniciarse el asunto o en cualquier estado de él, a elección del interesado.

2.4. Disposiciones en casos de presentarse tercería de dominio.-

En casos de presentarse Tercerías de Dominios en bienes embargados (Arto. 897 y 1797Pr) deberá observarse los siguientes:

1. Debe provocarse ante el Juzgado que conoce de lo principal. Tramité:
Tercerías Juicio Ejecutivo.
2. Se si promueve sin haberse entablado la demanda, no se esperará que se entable para darle curso.
3. Caso del 893Pr. la resolución que se dicte concluirá también con la tercería pudiendo asimismo el tercer opositor provocar dicha resolución. En este último caso, las cosas quedarán en el estado en que estaban antes del embargo.

En el Juicio Ejecutivo solo son admisibles para las tercerías cuando el reclamante pretende:

- a) Dominio de los bienes embargados. En este caso se llama tercerías de dominios.
- b) Derecho para ser pagado preferentemente. En este caso se llama tercería de prelación.
- c) Derecho para concurrir el pago a falta de otros bienes. Y a este caso tercería de Pago.

Las tercerías de dominio sobre los bienes embargados preventivamente solo proceden en la primera instancia de los juicios. (Arto. 898Pr) Este artículo no se refiere a tercerías de dominio en juicios ordinarios ni en juicios ejecutivos sino a las que recaen sobre bienes embargados preventivamente.

2.4. Competencia Jurisdiccional.-

Los Jueces facultados para decretar embargos y secuestros serán los Jueces Locales y los de Distrito en lo Civil son los igualmente competentes para acordar los embargos preventivos; no obstante, la cuantía. (Arto. 899Pr.). Pero esta disposición ha sufrido modificaciones Arto. 1º, ordinal 12º del Arto. 266Pr indica: que serán competentes para

decretar secuestros y embargos preventivos: a) El Juez en cuya jurisdicción estuvieren los bienes que se pretenden embargar o secuestrar; b) el Juez del domicilio del que solicita el embargo o secuestro; y, c) el Juez que conozca del juicio en que el embargo o secuestro se solicite.

3. DE LA EXHIBICIÓN Y DEPÓSITOS DE LAS COSAS MUEBLES.-

La exhibición seguida de depósito (judicial) es la medida cautelar específica para asegurar la condena a la entrega de una cosa mueble siempre que la acción que el demandante ejercite sea real o mixta no, al menos con los mismos requisitos, si la entrega de la cosa mueble se pide en virtud de acción personal. Es una diligencia preliminar que sirve a la preparación del juicio declarativo que el actor pretende incoar de inmediato. La exhibición se agota en la medida en que ha servido ya (con resultados positivos o negativos) para determinar la legitimación pasiva de la persona que será demandada.

En la doctrina recibe el nombre de “Acción ad Exhibendum”. El autor Caravantes la define así: “Es la acción que tiene una persona que trata de reivindicar una cosa mueble para pedir al juez mande a cualquiera que la posea la exhiba o presente para formular con claridad la demanda”¹²

Esta definición resulta incompleta bajo los alcances de nuestra legislación ya que es más amplia y rebasa la simple limitación a acción reivindicatoria sobre bienes muebles, pues al hablar documentos abre la puerta a nulidad, falsedad de testamento, acciones de entrega de legados, etc.

4.1. Casos en que procede.-

De conformidad al Arto. 921Pr. son cinco casos concretos que se pueden invocar las medidas a saber:

- 1.- El que se crea heredero ó legatario, para pedir la exhibición del testamento del causante.
- 2.- En los contratos de compraventa, las dos partes, comprador y vendedor en los casos de evicción, para pedir la exhibición de títulos, que se refieren a la cosa vendida. Aplicable en caso de desmembraciones o segregaciones

¹² Dr. Ortiz Urbina, Roberto. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Bibliografías Técnicas. BITECSA. Octubre

en que el título antecede queda en manos del vendedor por amparar el resto de la finca matriz.

3.- En todo tipo de sociedad o comunidad de bienes, los socios o copropietarios, pueden exigir la exhibición al socio ó comunero que tiene los documentos comunes en su poder.

4.- En cualquier categoría de contratos, cada parte contratante tiene derecho a pedir la exhibición de escrituras, actos, correspondencia, libros, registros, recibos y finiquitos comunes. Es decir, en base a la existencia de una co-propiedad documental que la doctrina y el derecho positivo reconocen.

5.- La verdadera acción ad-exhibendum para la reivindicación de cosas corporales muebles.-

En sentido estricto, solo existe medida cautelar si, practicada con resultado positivo la diligencia de exhibición, el actor solicita y Juez ordena el depósito de la cosa mueble en poder de un tercero. Y que pueda servirse de ellos para su demanda.

Necesariamente, la persona que va a demandar tiene que tener alguna prueba forzosamente, pero para evitar un posible deterioro físico o su ocultación o enajenación fraudulenta de dicha prueba, entonces se recurre a esta acción que se llama Ad-Exhibendum, la cual obliga a la persona que muestre los documentos o bienes que el Arto. 921Pr. nos indica (la presentación de un documento del que aparezca la existencia de un deuda, a los que se refieran a la de un bien vendido, testamento, cuentas de la sociedad o comunidad, etc.)

Según Carnelutti es un acto de adquisición procesal, mediante el cual se ponen a disposición del Juez las pruebas o los bienes, es decir es un medio preparatorio de un Juicio.

4.2. Procedimiento.

Efectuada la solicitud de los casos específicos en el Arto. 921Pr, el Juez accederá a ella si estimare justa la causa en que se funda. Si el requerido se opusiere a la exhibición se sustanciara y decidirá su oposición en juicio sumario. Si el Juez la ordenara señalará el lugar, día y hora para verificarla y

si la parte no lo exhibe conforme a lo ordenado se le declarará responsable de daños y perjuicios y además, pagará una multa conforme a Ley.

Esta medida se podrá pedir en cualquier estado del juicio, debiendo sustanciarse con incidente, en pieza separada.

Cabe señalar, que la exhibición de documentos o cosas muebles no podrá pedirse más de una vez en un mismo juicio (Arto. 930Pr.).

5. EL ASEGURAMIENTO DE BIENES LITIGIOSOS.-

Sirve esta medida cautelar para asegurar la integridad de unidades económicas complejas que ya están en explotación (minas, industrias, bosques, etc.) y que debe seguir estándolo mientras se sustancia un proceso en el que se cuestiona su titularidad. Esta medida se concreta con el nombramiento de un interventor judicial, completado con un requerimiento al demandado de que comunique al interventor todos los actos de explotación que se proponga realizar. Pero ni uno ni otro suponen que el demandado pierda sus facultades de administración sobre los bienes intervenidos.

En principio es de importancia señalar la diferencia que existe entre Derechos Litigiosos y Bienes Litigiosos, siendo los primeros (**Derechos Litigiosos**) el evento incierto de la litis del cuál no se hace responsable el cedente, entendiéndose litigioso el derecho desde que se notifica la demanda y los **Bienes Litigiosos** aquellos sobre los cuales se ha promovido una litis, llenándose ciertos trámites en su reclamación, pudiendo cualquiera de las partes ceder los derechos que pueda adquirir según la resolución que recaiga.

El eminente jurisconsulto Manuel de la Plaza, Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de España, nos dice que el Aseguramiento de Bienes Litigiosos es una medida íntimamente ligada a un proceso ordinario de cognición encaminada a reclamar propiedad de minas, la de montes cuya principal riqueza consiste en el arbolado de plantaciones o de establecimientos fabriles o industriales. Más que un proceso autónomo se trata de un verdadero incidente añejo a un proceso de propiedad. Se explica bien la prevención del legislador teniendo en cuenta ante todo la naturaleza especial de los bienes que exigen el aseguramiento.

En nuestra legislación, el Arto. 906Pr. nos define claramente este concepto y agrega a lo anterior las fincas rústicas, agrícolas o destinadas a la industria pecuaria, pudiendo pedir que se intervenga judicialmente la Administración de la cosa litigiosa.

Es una medida cautelar que trata de mantener el valor íntegro del bien objeto de la acción reivindicatoria, garantizando el peligro de la mora en la tramitación del reclamo dominical. Precisamente cuando los reclamos procesales no son de condena de suma de córdobas, como el reclamo dominical de la clase de bienes que de manera taxativa señala el Arto. 906 Pr.

En este caso la acción principal va dirigida a recuperar la posesión de un bien con carácter productivo y por esa razón no sería idóneo el embargo ya que no se pretende sujetar bienes particulares a una eventual subasta, sino más bien proteger un bien productivo, que se va a recuperar de una explotación abusiva.

Por ejemplo si la parte actora pretende recuperar una finca de ganadera, es natural que durante el proceso la misma seguirá explotando, el

aseguramiento de los bienes litigiosos persigue que durante dure el proceso, el demandado no realice una explotación abusiva que haga que la finca pierda el valor que tenía al momento de la demanda.

5.1. Procedimiento.

El Arto. 906Pr. nos señala que el que presentando los documentos justificativos de su derecho demandare en juicio la propiedad de minas, las de montes cuya principal riqueza consiste en arbolados, la de plantaciones o de establecimientos industriales o fabriles y la de fincas rusticas, agrícolas o destinadas a la industria pecuaria, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de la cosa litigiosa.

Como podemos apreciar el Aseguramiento de Bienes Litigiosos solo tiene lugar como medida cautelar en un juicio reivindicatorio en el que además la acción recaiga sobre un bien productivo.

El procedimiento en los casos del Aseguramiento de Bienes Litigiosos se encuentra establecido en los Artos.907 Pr. y siguientes:

1) Formulada que fuere la pretensión a que se refiere el arto.906Pr. el juez mandando a formar pieza separada, citara desde luego a las partes para que comparezcan ante él en el término de cinco días. Las que concurran absteniéndose de alegar acerca de los derechos que puedan asistirles en el pleito, se pondrán de acuerdo sobre la persona a quien deba nombrarse interventor. Si no lograren el actor designará cuatro de las cuales será elegida la que prefiera el demandado. Si este no ejercita su derecho inmediatamente la designará el Juez dentro de las cuatro propuestas.

2) En las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia, el Juez dictará auto declarando ha lugar procediendo al nombramiento del interventor o no ha lugar a la intervención.

3) Hecho el nombramiento del interventor se dará inmediatamente posesión al elegido para desempeñarla, y el demandado se abstendrá de ejecutar acto alguno de explotación de la finca sin previa autorización del interventor.

Cuando haya desacuerdo entre el interventor y el demandado sobre cualquier acto administrativo, el Juez convocará a las partes a una comparecencia y después de oírlas resolverá lo que estime conveniente.

4) El demandado en cualquier estado del juicio podrá prestar fianza para que se alce la intervención, hecha la oportuna solicitud ante el Juez, previo peritaje y con audiencia del actor el Juez resuelve el incidente mediante sentencia sin interrumpir la secuela del juicio principal dentro de tercero día, la cuál será apelable en ambos efectos.

5.2. Momento en que procede el Aseguramiento de Bienes Litigiosos.

En relación al momento que puede pedirse, generalmente la medida es coetánea con la demanda, origina un incidente especial producto del pedimento contenido en el libelo creador, sin embargo en casos graves y urgentes puede ser anterior al proceso, esto es anterior a la demanda, lo que regula el Arto. 919 Pr.

El Aseguramiento de los Bienes Litigiosos procede en cualquier estado del juicio aún antes de contestar la demanda. Lo establecido en cuanto al Aseguramiento de Bienes Litigiosos, no se opone a las medidas de precaución y seguridad establecidas en el Código Civil en el Título de la Reivindicación.

El Arto.919Pr. nos señala que en casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder esta medida precautoria, aún cuando falten los comprobantes requeridos para solicitarla, por un término que no exceda de doce días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución por los perjuicios que resultaren. Cuando se decrete así esta medida quedará de hecho cancelada si pasa el término de doce días sin haberse entablado la demanda, haciendo en ella formal petición el solicitante para que se mantenga la medida decretada ofreciendo justificar los motivos. Cabe señalar que esta medida podrá decretarse a solicitud de la parte interesada.

5.3. Requisitos del Aseguramiento de Bienes Litigiosos.

El requisito esencial para la adopción de esta medida es en primer lugar que deberá recaer necesariamente en un juicio reivindicatorio, además el bien sobre el cual deba recaer la intervención necesariamente debe ser un bien productivo y el actor debe exhibir el título en que fundará su acción. Solo en los casos preceptuados en el Arto. 919Pr.

5.4. Levantamiento del Aseguramiento de Bienes Litigiosos.

El demandado puede rindiendo las garantías necesarias solicitar al juez el levantamiento del aseguramiento de bienes, este incidente se hace con base en los Artos. 910 al 914Pr. Se puede intentar en cualquier estado del proceso. Formulada la petición el Juez ordena reconocimiento pericial, mediante el procedimiento establecido para la prueba pericial, mediante el procedimiento establecido para la prueba pericial en la ley 260 es decir escogiendo al azar un perito de las listas preelaboradas. Una vez hecha la valuación, el demandado deberá rendir fianza.

La garantía puede ser personal o real. Se prefiere la hipotecaria. Para calificar la garantía se oye al demandante. Todo este incidente es una pieza separada. Se falla dentro de tercero día de la audiencia al actor. La resolución es apelable en ambos efectos.

Prestada la garantía se dejará sin efecto la intervención, notificándole al intervisor el cese inmediato de su función.

El aseguramiento no excluye, no es incompatible con las medidas de seguridad que establece el Código Civil en materia de reivindicación, tales como la prohibición de enajenar, la anotación preventiva de la demanda.-

X. CONCLUSIONES.

1.- En la doctrina, el ordenamiento jurídico del proceso cautelar no está definido, por ello se perfila el problema de su autonomía, pues no se puede perder de vista de que las medidas cautelares han de guardar siempre relación con lo que pretende en el proceso principal, solo así se puede garantizar su eficacia. El proceso cautelar no existe por sí mismo, y como tal, se le debe reconocer el carácter instrumental de las medidas cautelares.

2.- La función de las medidas cautelares es precisa: garantizar la efectividad de la tutela judicial que se presta en el proceso. La medida cautelar, en cuanto necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial prestada en un determinado proceso, encuentra un límite: su adecuación, su idoneidad a los fines - garantía de la concreta pretensión deducida. La necesidad de la medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia se ha referido de forma exclusiva a la persona del solicitante, olvidándose del sujeto pasivo,

esto a pesar de la protección de leyes concretas a la persona del deudor demandado. Sin embargo, habrá que ser partidarios de dar un mayor protagonismo al examen de los intereses de ambas partes.

BIBLIOGRAFÍA.-

REIMUNDIN, Ricardo. Derecho Procesal Civil I. Editorial Viracocha.
H. Irigoyen 1208. Buenos Aires. MCMLVI.

FERNÁNDEZ, Miguel Angel. Derecho Procesal Civil III. Editorial
Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 3ra. Ed. 1992.

ALVAREZ Juliá, Luis. NEUSS R.J. Germán. WAGNER, Horacio.
Manual de Derecho Procesal. 2da. Edición. Editorial Astrea de Alfredo y
Ricardo De Palma.

PALMA MARTINEZ, Idelfonso. Monografía Jurídica. Embargos y
Secuestros.

**CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA REPUBLICA DE
NICARAGUA.** 3ra. Reimpresión. 1998. Edición con Índice Analítico.
Editorial Jurídica.

PAREJAS VINDAS, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Investigaciones Jurídicas, S.A.

CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Obra Compilada y Editada, México.

ORTIZ URBINA, Roberto J. Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Jurídica.

Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo VI, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Harla.

CARNELUTTI Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Clásicos del Derecho Procesal. Volumen II. Harla

ESCRIBANO MORA, Fernando; BARONA Vilar, Silvia y otros. El Derecho Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios. Ed. Tiraret La Blanch. VIII, 2001.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Segunda Edición. Vol. V. Ejecución Forzada y Medidas Precautorias. Ediar. Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1962.

JOVE, Maria Angeles. Las Medidas Cautelares Innominadas en el Derecho Procesal Civil. José Maria Bosh Editor. S.A. – Barcelona.

CALDERON CUADRADO, Maria Pía. Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Civitas. S.A.

VALENTIN CORTES, Domínguez. **MORENO CATENA**, Víctor. La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II. Juan Damián Moreno. Los Procesos Ordinarios. Las Medidas Cautelares.

ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. Av. Republica Argentina 15. México, 2000. Séptima Adición.

BACERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Editorial
Porrúa. S.A. México, 1978.