

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993



LAS VENTAJAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO
PROCESAL Y MERCANTIL.

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN

EVER ULISES MARTINEZ PEREZ.
CARLOS MAURICIO RAMIREZ RAMIREZ.

DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA
DOCENTE ASESOR

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Dios todo poderoso, por el simple hecho de ser quien es, por darme la fortaleza para seguir adelante en los momentos más duros no solo durante estos cinco últimos años, sino durante todo este tiempo en el cual me ha tenido con vida, no solo a mí, sino que ha toda mi familia, gozando de fortunas e infortunios, porque “aunque no lo pueda verse que está aquí presente.”

Agradezco a mi familia, por estar presentes en este recorrido académico llevado a cabo. A mis padres, José Ricardo Martínez Ortiz y Marta Julia Pérez De Martínez; a mis hermanos Gerson Nehemías, José Ricardo, Elda Beatriz, Vladimir Osmaro, Rebeca Abigail, porque no obstante no ser una familia perfecta, como cualquier otra familia, siempre serán lo que son, “mi familia”, mis padres, mis hermanos.

Agradezco y aprecio de la manera más sincera, a Yeni Adileydi Hernández Ramírez, por ser un ángel de la guarda para mí, por estar en momentos difíciles y sobre todo por su apoyo incondicional, lo mismo que su familia.

Estoy muy agradecido con mi asesor de tesis el “Doctor Gilberto Ramírez Melara”, por su asesoría brindada, por su paciencia y empeño en el desarrollo de esta investigación. Tengo presente también a mi compañero de tesis Carlos Mauricio Ramírez Ramírez, los catedráticos de esta facultad, a mis compañeros, amigos y a todas aquellas personas que de una manera directa o indirecta han contribuido para que este sencillo logro se lleve a cabo, los que iniciaron conmigo, los que se fueron y los que aun siguen hasta hoy, **“GRACIAS TOTALES”**.

EVER ULISES MARTINEZ PEREZ.

AGRADECIMIENTOS

A mis Padres: Don Carlos y Doña Ana María, por medio de ustedes le doy gracias a Dios, ya que él me bendijo al permitirme crecer al lado de ustedes, que me han sabido demostrar lo grande que es su amor. El logro obtenido no es solo mío sino que es más de ustedes porque han estado en todo momento de mi vida, desde la formación en valores y principios hasta en esas etapas difíciles en las cuales con su sabiduría, consejo y paciencia me demostraron que los problemas no son tan grandes cuando existe la confianza y el apoyo del uno hacia el otro, y es ese apoyo incondicional el cual permite hoy coronar un logro más dentro de mi vida. Lo anterior es muy poco en relación a lo mucho que han hecho por mí. Infinitas gracias.

A mis Hermanas: Jackeline y Jennifer, ustedes han sido un apoyo fundamental para salir adelante, cada una con sus cualidades y virtudes. Porque al igual que mis padres han estado en los momentos precisos no porque yo les llame sino porque ustedes siempre ahí han estado, de igual manera este logro es de ustedes que me han acompañado. A Daniela porque con tu llegada a la familia has cambiado todo, con tus acciones, cariños y ocurrencias me has alegrado mi existencia.

Al asesor Doctor Gilberto Ramírez Melara, que con su colaboración y asesoría en el desarrollo de esta investigación, hizo posible finalizar esta fase del aprendizaje. A Ever Ulises Martínez Pérez compañero de tesis gracias, Raquel Menjivar fuiste quien me animó a iniciar este proyecto que hoy concluyo. A la Familia Hernández Hernández que con su amistad, consejos y demás me apoyaron.

CARLOS MAURICIO RAMÍREZ RAMÍREZ

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Cas	Casación.
CPCM	Código Procesal Civil Mercantil.
C. C.	Código Civil.
C. Com.	Código de Comercio.
Cn.	Constitución.
Cam.	Cámara.
C. Prc. C.	Código de Procedimientos
DIP.	Civiles.
D. L.	Derecho Internacional Público.
DD. HH.	Decreto Legislativo.
D. O.	Derechos Humanos.
Inc.	Diario Oficial.
LPI.	Inciso.
MC.	Ley de Propiedad Intelectual.
Ref.	Medidas Cautelares.
S S.	Referencia.
	San Salvador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN _____	i
CAPITULO I _____	1
MARCO HISTORICO Y DOCTRINARIO. _____	1
1.1.- Antecedentes históricos de las medidas cautelares. _____	1
1.1.1- Medidas cautelares en derecho Romano. _____	1
1.1.2.- Medidas Cautelares en El Salvador. _____	6
1.2.- Marco doctrinario. _____	14
1.2.1-Tiempo, Proceso y Necesidad de las Medidas Cautelares. _____	14
1.2.2-Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares. _____	15
1.2.3- Concepto y Definición de Medidas Cautelares. _____	17
1.2.4-Presupuestos de las Medidas Cautelares. _____	21
1.2.5-Naturaleza de Las Medidas Cautelares. _____	26
1.2.6- Características de las medidas cautelares. _____	27
1.2.6.1-Instrumentalidad _____	27
1.2.6.2-Provisionalidad _____	28
1.2.6.3-Temporalidad _____	29
1.2.6.4-Flexibilidad _____	30
1.2.6.5-Sumariedad _____	30
1.2.6.6-Judiciales _____	32
1.2.7- Tipos de Medidas Cautelares. _____	33
1.2.7.1-Al proceso en cual ellas se dictan _____	33
1.2.7.2-A la finalidad y efectos que persiguen, y su relación con la situación de hecho existente _____	34
1.2.7.3.-Relación de instrumentalidad que las une con la providencia principal _____	36
1.2.7.3.1.-Providencias instructorias anticipadas _____	36
1.2.7.3.2.- Las que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada _____	37
1.2.7.3.3.-Providencias mediante las que se decide una relación controvertida _____	37
1.2.7.3.4.- Las que consisten en la imposición de una caución _____	38
1.2.7.4.-Atendiendo a la forma en que se encuentra reguladas las medidas cautelares _____	38
1.2.7.5.-Según lo que se pretenda proteger _____	40
CAPITULO II _____	41
CONSTITUCION Y TRATADOS INTERNACIONALES. _____	41
2.1.- Disposiciones de Orden Constitucional. _____	41

2.2.-Tratados Internacionales. _____	48
2.2.1.- Derecho Internacional Privado y derecho internacional público. _____	49
2.2.2.- Concepto y clasificación de los tratados internacionales. _____	55
2.2.2.1.- En cuanto al número de sujetos parte en un tratado _____	57
2.2.2.2.- En cuanto a las posibilidades de acceder al tratado _____	57
2.2.2.3.- En cuanto a las formas de celebración del tratado _____	58
2.2.2.4.- En cuanto al contenido u objeto del tratado _____	58
2.2.3.- Relación del Código Internacional de Derecho Privado con el Código Procesal Civil Y Mercantil. _____	60
CAPITULO III _____	66
MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. _____	66
3.1.- Principios de las medidas cautelares. _____	67
3.1.1.-Universalidad de la aplicación _____	67
3.1.2.- Principio Dispositivo y Responsabilidad _____	69
3.1.3.- Proporcionalidad _____	70
3.1.4.- Igualdad _____	70
3.1.5.- Defensa y Contradicción _____	70
3.1.6.- Celeridad _____	71
3.2.-Legitimación Procesal. _____	71
3.3.- Características. _____	72
3.3.1.- Instrumentalidad _____	72
3.3.2.- Provisionalidad _____	73
3.3.3.- Temporalidad _____	73
3.3.4.- Variabilidad _____	74
3.3.5.- Sumariedad _____	74
3.3.6.- Judicialidad _____	75
3.3.7.- Necesariedad _____	76
3.4.- Oportunidad para solicitar las medidas cautelares. _____	77
3.5.- Competencia. _____	77
3.6.- Presupuestos. _____	79
3.6.1.- Peligro de lesión o frustración del derecho _____	79
3.6.2.- Probabilidad o Apariencia de Buen Derecho _____	80
3.6.3.- Caución _____	80
CAPITULO IV _____	82
CATALOGO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL _____	82
4.1.- Tramite o Procedimiento Cautelar. _____	82

4.1.1.- Solicitud	82
4.1.2.- Ofrecimiento de prueba	84
4.1.3.- Resolución	85
4.1.4.- Ejecución de las Medidas Cautelares	87
4.1.5.- Modificación	87
4.1.6.- Levantamiento	88
4.2.- Clases de Medidas Cautelares.	89
4.2.1.- Embargo preventivo de bienes	89
4.2.1.1- Inhibición general de disponer	94
4.2.2.- Intervención o administración judiciales de bienes productivos	96
4.2.3.- El secuestro de cosa mueble	99
4.2.4.- Formación de inventarios de bienes:	101
4.2.5.-Anotación preventiva de la demanda	103
4.2.6.- Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación	109
4.2.7.-Intervención y Depósito de ingresos que provenga de actividad ilícita	124
4.2.8.-Depósito de ejemplares de las obras u objetos que infrinjan propiedad intelectual o depósito de las cantidades como pago	128
4.2.9.- Prohibición de Innovar y de contratar	132
CONCLUSIONES.	135
BIBLIOGRAFÍA	140
ANEXOS	151

INTRODUCCIÓN

La investigación que se presenta a continuación, es el extracto de una indagación que ha tenido como pilar fundamental, el tema “Las Ventajas de las Medidas Cautelares en el Código Procesal y Mercantil.” Un tema de suma importancia en el estudio del derecho, y con énfasis en el estudio del derecho procesal, una de las ramas de la generalidad que es el Derecho. La finalidad del estudio que se presenta está enfocada en dar un panorama claro de esta institución, motivada como se hará saber en su oportunidad por su reciente entrada en vigencia, he ahí la importancia de su estudio. En el desarrollo posterior de este trabajo investigativo y por la importancia con la cual se debe tratar este tema se ha optado por seccionar la investigación en cuatro capítulos, que ayudarán para resolver su comprensión y estudio.

En primer plano tenemos el Capítulo I, que se ha denominado como marco histórico y doctrinario; este apartado dará al lector cual el antecedente histórico de la investigación como a su vez ubicara aquellos aspectos de carácter doctrinal en torno al tema cautelar. Al tratar el aspecto histórico será de gran ayuda la ubicación en el derecho romano ya que esta es la fuente de donde emana la mayoría de aspectos doctrinario-histórico de las instituciones que hoy en día se conocen y de la cual las medidas cautelares encuentran su asidero, a su vez se detalla la evolución misma que las medidas cautelares han tenido en el derecho procesal salvadoreño. A nivel doctrinario se destaca las características y la clasificación misma que reciben las medidas cautelares por algunos doctrinarios.

En conclusión el objetivo principal es dar un panorama general del tema, en esencia es el apartado en donde se ha hecho referencia a la “teoría general de las medidas cautelares”, con ello se entiende las cuestiones

comunes a toda medida, temas susceptibles de aplicar a toda clase de medida cautelar, sean estas civiles, mercantiles, penales administrativas, bancarias etc. Dentro de este capítulo que al igual que el primero viene dado por subtemas para efectos de entendimiento y comprensión, por ello en un momento se habla de los antecedentes históricos del tema, divididos en dos ítems por un lado tenemos el estudio de las medidas cautelares en el derecho romano, y por el otro el estudio de las medidas cautelares en el devenir histórico de estas en el derecho procesal civil salvadoreño; posteriormente se hace referencia a un tema que ha nuestro ver es un tema obligatorio pues casi toda la doctrina de las medidas cautelares la retoma, y es algo así como una especie de justificación de existencia de las medidas cautelares, se hace referencia con ello a la relación entre el tiempo, proceso jurídico y la necesidad de las medidas cautelares; seguido a este tema se hablará de otro subtema que merece el mismo comentario del anterior en el supuesto de que también es obligatorio su tratamiento y es la relación del principio tutela judicial efectiva y las medidas cautelares; luego adentrándose más en el tema trataremos el problema de su conceptualización y definición, tema de mucho interés al momento de buscar el ser de las medidas cautelares; seguidamente a este tema tenemos el relativo a los presupuestos de las medidas cautelares tema de suma importancia especialmente en la praxis judicial pues es de obligatorio acreditamiento en juicio por el solicitante y de obligatorio conocimiento y análisis por el juez, aquí hablamos del *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y de la caución; luego se hará referencia a la naturaleza de las medidas cautelares, cuestión muy complicada para los que tratan de buscar la esencia de las cosas y cuestiones jurídicas; sumergiéndonos más tenemos las características que en definitiva debemos de considerarlas como las cuestiones que distinguen las medidas cautelares de otras instituciones, las que hemos tratado aquí son la instrumentalidad, la provisionalidad, temporalidad, flexibilidad, sumariedad y por último

judicialidad; para terminar trataremos los tipos de medidas cautelares en atención a criterios determinados.

El Capítulo II, denominado Constitución y Tratados Internacionales tiene como objetivo priorizar el hecho que las medidas cautelares es una exigencia de orden primario deviene de un mandato constitucional y en ese sentido las medidas cautelares dentro del Código Procesal Civil y Mercantil como ley secundaria que desarrolla principios constitucionales deben estar en sintonía con la Constitución, es necesario siempre verificar que esta normativa secundaria este acorde a la normativa primaria. Por ello el tema primero a tratar se referirá a las disposiciones constitucionales de orden constitucional que dan surgimiento a las medidas cautelares; seguido de esto, trataremos la normativa internacional aunque en primer lugar, haremos referencia al derecho internacional privado, derecho internacional público, como dos temas de interés que cobran importancia si se tiene una actitud crítica en cuanto a que los tratados internacionales forman parte a uno de esta clase de derecho; así mismo veremos que la denominación del derecho internacional privado como tal está mal utilizado cuando hacemos uso de él, de esa forma, cuestión que veremos más adelante.

Siguiendo con esta cuestión de los tratados se tomará en cuenta la clasificación de estos y para culminar de buena forma se hará una especie de relación entre Código Internacional de Derecho Privado y el Código Procesal Civil y Mercantil. Es oportuno aclarar en este punto que se ha tratado de darle importancia a los tratados internacionales por la sencilla razón que a diferencia del Código de Procedimientos Civiles, en donde la cuestión del derecho internacional es de escasa importancia en su regulación, el Código Procesal Civil y Mercantil le da cierta importancia que

puede decirse que es muy significativa, pues dedica varios artículos para su tratamiento, cuestión que veremos en el desarrollo de esta investigación. ,

El capítulo III, bajo el título medidas cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil, Se ha optado al igual que en capítulos anteriores por desglosar en subtemas aspectos importantes para que ayuden desde luego a su comprensión. Comienzan con un tema muy novedoso y es el establecimiento de principios específicos de las medidas cautelares, teniendo como base la normativa procesal aplicable, la universalidad de la aplicación, así como el principio dispositivo son ejemplo claro; aunque se tratan también otros principios muy importantes en el tema cautelar; se vuelve a tratar con brevedad las características. Muy oportuno será determinar el momento en el cual se puede pedir estas medidas cautelares cuestión abordada sin duda en el trámite de la investigación, con igual sentido temas como la competencia, presupuestos,

El Capítulo IV, determinado como el catálogo de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil es una de las secciones con un grado mayor de importancia, sin menospreciar los capítulos previos, pues tiene como objetivo y finalidad principal el análisis jurídico de las medidas cautelares en concreto, es decir su prioridad será ver su regulación, vinculación con leyes afines y el procedimiento establecido para la solicitud de estas. trámite del procedimiento cautelar, modificación y levantamiento, para luego terminar con el tema de mayor importancia en este apartado, y es el apartado que trata del estudio de las medidas cautelares en concreto, que se encuentra bajo el tema de las clases de medidas cautelares, comenzaremos tal y como las establece el CPCM, que ha optado por colocar en primer lugar al embargo preventivo de bienes, medida cautelar de carácter real que ataca por excelencia bienes muebles pero que no tiene ningún

obstáculo también para aplicarse a bienes inmuebles, también se trata la inhibición general de disponer que tiene el carácter subsidiario cuando no se pueda aplicar el embargo preventivo de bienes; seguidamente tenemos el secuestro de cosa mueble que no deja duda en cuanto a su regulación en el sentido de que su solicitud es pertinente solo para bienes muebles y no como equivocadamente se había establecido para bienes inmuebles en otra normativa, la formación de inventario de bienes tiene su prioridad en el litigio de herencias aunque no es el único en el cual se puede aplicar, cuestión tratada también de manera especial, se ha abordado la medida cautelar de anotación preventiva de demanda y se le ha dado gran importancia a medidas cautelares, que si bien no son absolutamente nuevas en el CPCM, pues ya habían sido reguladas con anterioridad en leyes sustantivas como la ley de marcas, ley de propiedad intelectual, y otras, pero de las cuales no existe doctrina suficiente a nivel nacional que las haya tratado a profundidad, se resalta el hecho de que la nueva regulación del CPCM, ha ordenado y sistematizado medidas cautelares dispersas, estas medidas son, la orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad, o para abstenerse de una conducta y no interrumpir una Prestación, la Intervención y depósito de ingresos que provenga de actividad ilícita, el Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que infrinjan propiedad Intelectual e industrial o depósito de las cantidades como pago.

Por último tenemos las conclusiones las cuales demuestran el trabajo y la doctrina aprendida durante el transcurso de esta investigación, se hará especial atención a las ventajas que presenta esta nueva regulación en especial para las partes que intervienen en el proceso y sin ninguna duda también al que determina si es aplicable o no al caso concreto, el Juez, el administrador de Justicia.

CAPITULO I

MARCO HISTORICO Y DOCTRINARIO.

Sumario: 1.1. Antecedentes Históricos de las Medidas cautelares: 1.1.1. Medidas Cautelares en el derecho Romano; 1.1.2. Medidas Cautelares en El Salvador. 1.2. Marco Doctrinario: 1.2.1. Tiempo, Proceso y Necesidad de las Medidas Cautelares; 1.2.2. Tutela Judicial Efectiva y Medidas cautelares; 1.2.3. Concepto y Definición de Las Medidas Cautelares; 1.2.4. Presupuestos de las Medidas Cautelares; 1.2.5. Naturaleza de Las Medidas Cautelares; 1.2.6. Características de las Medidas cautelares: 1.2.6.1. Instrumentalidad; 1.2.6.2. Provisionalidad; 1.2.6.3. Temporalidad; 1.2.6.4. Flexibilidad, Mutabilidad o Variabilidad; 1.2.6.5. Sumariedad; 1.2.6.6. Judiciales. 1.7. Tipos de Medidas Cautelares: 1.2.7.1. En atención al proceso en cual ellas se dictan; 1.2.7.2. En cuanto a la finalidad y efectos que persiguen con las medidas cautelares y la relación a la situación de hecho existente al momento en que se decretan; 1.2.7.3. En cuanto a la relación de instrumentalidad que las une con la providencia principal: 1.2.7.3.2. Providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada; 1.2.7.3.1. Las providencias instructorias anticipadas; 1.2.7.3.3. Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida; 1.2.7.3.4. Providencias que consisten en la imposición por parte del juez de una caución. 1.2.7.4. En cuanto a la forma en que se encuentra contempladas las medidas cautelares por parte del legislador; 1.2.7.5. Según lo que se pretenda proteger.

1.1.- Antecedentes históricos de las medidas cautelares.

1.1.1- Medidas cautelares en derecho Romano.

El derecho procesal que hoy en día se conoce, como la expresión de una actividad fundamental del Estado, no es más que el resultado de una larga evolución en los procedimientos para hacer justicia¹, de lo cual las Medidas Cautelares no se escapan de esa dinámica. Al tomar un punto de

¹ MOUCHET, C. *Introducción al Derecho*. Duodécima Edición Actualizada, Reimpresión. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. p 376

partida es necesario situarse en el Derecho Romano², que es un mundo en el cual se contempla la experiencia jurídica que adquiere una singular fisonomía. El Derecho Romano es un sistema jurídico que se desarrolló en la *civitas romana*³ durante el transcurso de 13 siglos, desde la fundación de Roma en el 753 a.C. hasta la muerte del emperador Justiniano en el año 565 de nuestra era. La naturaleza de esta etapa del Derecho es un Derecho de doctrinas, en las cuales algunos juristas construyeron instituciones a un nivel ideal y en otros casos se perfeccionaron las instituciones jurídicas sobre las que se asentarían los ordenamientos jurídicos de su tiempo y posteriores, hoy en día es la base para grandes aportes contemporáneos. Ante todo, el Derecho de Roma tuvo vocación y características universales de ahí su utilidad en cada época de la Historia. Hoy en día sirve como una referencia histórica para tratar el tema de Medidas Cautelares. Las cuales en su momento no eran denominadas como tal y ni se estudiaban como lo es hoy, sin embargo, habían ciertas figuras parecidas que cumplían con parecidos fines.

Las *legis actio*⁴ reconocían alguna de estas figuras que tendían a parecerse como lo son La “*Pignoris Capio o Per Manus Capionem*”⁵, que era

² PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido por: Manuel Rodríguez Carrasco. Editora Dalis. p 10. Se le llama Derecho Romano a la etapa del derecho que comienza con la fundación de la ciudad de Roma en las colinas del Tiber, por las etnias de los Latinos, los Sabinos y los Etruscos; que culmina con la muerte del Emperador Justiniano, en los últimos días del llamado Bajo Imperio. Es el complejo de ideas, experiencias y ordenamientos jurídicos que se sucedieron a lo largo de la historia de Roma, abarcando desde los orígenes de la ciudad estado hasta la disgregación de la parte occidental del Imperio o, mejor, hasta la muerte de Justiniano

³ NICOLIELLO, N. *Diccionario del Latín Jurídico*. Editor Faira. Lanús, Julio Cesar. Argentina. Reimpresión 2004. p 79 Palabra derivada de *civis* (ciudadano, miembro de una comunidad) indica ciudadanía en sus dos acepciones: cualidad o condición de *civis*, y como conjunto o universalidad de todos los *cives*.

⁴ HUGO, G. *Historia del Derecho Romano*, Séptima Edición, traducida por Casado Tello, Manuel. Madrid. Tipográfico de D. D. R, de Rivera, Editor p. 122. La palabra acción (*actio*) es una de las que tiene mas acepciones en la lengua y particularmente en el Derecho Romano. En un sentido mas general es sinónimo de efecto; ya acompañada de la palabra *Legis* es

un procedimiento que funcionaba por medio del acreedor, él cual se garantizaba la deuda tomando determinados bienes del deudor, lo anterior era acompañado de determinadas frases por el acreedor, todo con objeto de obligarlo al pago y podía realizarse en ausencia del magistrado y como del deudor.

Esta figura poseía la característica que no exigía la intervención de autoridad, e incluso podía operar aun en ausencia de la parte contraria. La *pignoris capio* fue creada para regular la actividad de los militares, pero luego se aplicó en las doce tablas⁶, ha algunos casos en particular. La figura de la *Pignoris Capio* también servía como un medio de coacción del cual el magistrado hacía uso en virtud de su imperio para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos.

considerada con referencia a un *plebiscito*, indicando en el Derecho Público la idoneidad para demandar o ser demandado en juicio; mientras que en Derecho Civil el término de *legítima actio*, significa la queja o el medio jurídico que se usa para hacer que se obre una mudanza de parte de alguno, con o sin el consenso del Magistrado. Las *Legis Actio* estaban conformadas por cinco disposiciones: 1ra Sacramento; 2da *Per iudicis postulationem*; 3ra *Per conditionem*; 4ta *Per manus iniectionem*; 5ta *Per manus capionem*.

⁵ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 1ra Edición. Guatemala, C.A. p 728.

⁶ DI PIETRO, A. *Manual de Derecho Romano*. Cuarta Edición, Edición Buenos Aires. pp. 42-43. La primera formulación legislativa que se conoce, es la ley de las XII tablas, fue la más completa y trascendente "fuente de todo el derecho público y privado" llegó a llamarla Tito Livio y no fue nunca derogada, aunque la mayoría de sus disposiciones quedaron, con el tiempo, sin aplicación concreta, sobre todo por la labor jurisdiccional del pretor. De acuerdo con la hipotética reconstrucción propuesta por Dirksen en 1824, la ley de las XII tablas habría contenido ese material que nos ha llegado a nosotros, distribuido de la manera que se consigna a continuación: Tabla I — Citación y comparecencia en juicio. Tabla II — *Legis actio*. Obligación de testimoniar. Tabla III — Ejecución contra el deudor. Tabla IV — *Patria potestas*. Tabla V — Disposiciones testamentarias; sucesión *ab intestato*; tutela y *cúratela*. Tabla VI — *Nexum*, *mancipatio*, *usucapio*, *trinoctium*; reivindicación. Tabla VII — Relaciones de vecindad; *servidumbres reales*. Tabla VIII — Delitos y represión: compensación. Tabla IX — Prohibición de leyes que entrañen privilegios; apelación de las condenas capitales ante los comicios; delitos de homicidio, *concusio* y alta traición. Tabla X — Disposiciones sobre funerales y sepulcros. Tabla XI — Prohibición de *connubium* entre patricios y plebeyos. Tabla XII — Casos en que es lícita la toma de prenda; responsabilidad de los dueños por hurtos o daños cometidos por esclavos; indemnizaciones debidas por quien ha obtenido sin razón la posesión de una cosa y por quien ha consagrado al culto una cosa en litigio; el principio de que la ley posterior deroga la anterior.

“Catón dice en el libro primero de sus "Cuestiones epistolares" que "pignoris capio es palabra especial de la lengua, de la que se servían para designar el dinero que debían recibir los soldados de los tribunos encargados de la caja militar". Este fue el origen de la expresión pignoris capio. Esta acción de ley consiste en que el acreedor no pagado puede aprehender una cosa mueble del deudor, sin la presencia de un juez, para obtener la cancelación de su crédito y en los casos que las leyes lo autorizan. La pignoris capio tiene lugar sólo en los pocos casos determinados por la ley; por ejemplo, en los créditos de los soldados contra los que deben pagarles sus sueldos y proporcionarles el dinero para adquirir caballos y forraje, y de los públicanos contra los deudores de impuestos.

La pignoris capio tiene una característica real, a diferencia de la Manus Iniectio, donde la ejecución es personal. El que aprehendía la cosa no se hacía dueño de ella sino que conservaba su posesión como prenda de pago. Si el pago no se efectuaba, la prenda se destruía. Además, la pignoris capio iba siempre acompañada de una multa contra el que no cumplió. Se accionaba pignoris capio "unas veces en virtud de las costumbres, otras veces en virtud de la ley", dice Gayo (IV, 26).⁷

Una segunda figura dentro del Derecho Romano en la legis actio, es la que se conoce con el nombre de “Manus Iniectio ó Per Manus Injectionem”⁸

⁷ ERRAZURIZ EGUIGUREN, M. Manual De Derecho Romano, Tomo II Editorial jurídica de Chile, 1988. Pp.540-541.

⁸ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 1ra Edición. Guatemala, C.A. p. 579. Voz latina que significa es la toma de posesión o acción de echar mano. Es un procedimiento ante el magistrado en el caso de la manus iniectio (echar mano a alguien): en virtud de sentencia en un juicio declarativo o por el carácter de la causa — nexum—, un particular tenía derecho, luego de haber llevado a su deudor ante el tribunal y de haber sido éste declarado addictus por el magistrado, a apoderarse de su deudor y retenerlo encadenado en su casa. Si no cumplía con lo debido antes de los sesenta días,

consistía en una facultad que tenía el acreedor de aprehender a su deudor, confeso o juzgado. Aquí se observa un modo de ejecución personal parecido a la detención, ya que recaía sobre el mismo deudor, y no sobre su patrimonio, en este orden de ideas el moroso o insolvente pasaba a jurisdicción de su acreedor. Durante el lapso de 60 días el deudor disponía de plazo para pagar por sí o por un tercero, función que cumplía el Vindex⁹. De no efectuarlo, en los tiempos primeros, el acreedor podía dar muerte al deudor o venderlo como esclavo.

Para otros autores como Gustavo Hugo¹⁰ en su obra titulada la Historia del Derecho Romano, la Manus iniectio era precedido de un juicio, aquel contra quien se intentaba no recobraba su libertad salvo que hubiese prestado o prestare una fianza o vindex. A su vez la fianza servía para asegurarse mutuamente la intención de presentarse en juicio en la época fijada. Con el avance del Derecho Romano las Legis Action, de las cuales formaban parte la Pignoris Capio y Manus iniectio, fueron reemplazadas por el llamado procedimiento formulario¹¹, denominado de esa manera porque el

debía ser llevado tres días consecutivos de mercado a la plaza pública frente al magistrado y su deuda anunciada públicamente, tanto para ver si alguien lo ayudaba como, tal vez, para que otros acreedores pudieran hacer valer sus créditos. No satisfecha la deuda transcurridos los sesenta días, el deudor podía ser vendido como esclavo fuera del territorio romano; o muerto, y su cuerpo repartido entre los acreedores, sin importar, como parece decir la ley de las XII tablas, que alguien retirara un pedazo mayor que el proporcionado a su crédito... En realidad, el texto del que se ha extraído esta cruenta disposición es muy controvertido y, por otra parte, no nos ha llegado ninguna referencia de un caso concreto en que se la hubiera aplicado.

⁹ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 1ra Edición. Guatemala, C.A. P. 991. Voz latina. Defensor o protector. En el procedimiento de la manus iniectio. intervenía a favor del deudor para que fuera liberado del poder material del acreedor o para justificar la improcedencia de tal actitud. Durante el procedimiento formulario, el que respondía de la comparecencia del demandado en juicio. También hace referencia a la fianza que el deudor entregaba al acreedor.

¹⁰ HUGO, G. *Historia del Derecho Romano*, Séptima Edición, traducida por Casado Tello, Manuel. Madrid. Tipográfico de D. D. R, de Rivera, Editor pp. 124 y 141.

¹¹ RINALDI, R. D. *Manual de Derecho Romano*, Editorial Modulo Único. Salta – 2007. pp.86

magistrado redactaba un documento¹² pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en la cual se concretaban las pretensiones del actor como la del demandado en el litigio, en tal documento se indicaba al juez sobre la cuestión a resolver facultándosele el juzgar la controversia y en caso particular poder condenar al demandado por una suma que previamente debería haber entregado para liberar la prenda. Una vez realizada la contestación de la Demanda, la cosa que estaba en litigio no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, con lo cual se deduce que la cosa debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se encontraba al iniciar la contención. De lo anterior hay similitudes con las medidas cautelares que hoy en día se conocen, concretamente con la prohibición de enajenar y gravar o con el secuestro.

1.1.2.- Medidas Cautelares en El Salvador.

El Código de Procedimientos Civiles¹³ de El Salvador, a pesar de su carácter conservador, contempló las garantías de lo que hoy se denomina debido proceso y a su vez garantizaba efectiva acción y defensa a las partes; este código sufrió cambios por medio de las reformas, las cuales en algunos casos fue para adaptarlo a la Constitución de la República por lo cual fue necesario modernizar el Derecho Procesal salvadoreño y así adaptarlo a las exigencias de una nueva etapa del derecho en Latinoamérica. El proceso que reguló la actividad jurisdiccional del país fue disgregado, mediato y

¹² HUGO, G. *Historia del Derecho Romano*, Séptima Edición, traducida por Casado Tello, Manuel. Madrid. Tipográfico de D. D. R, de Rivera, Editor. p 282. Es de aclarar que las legis actio se convierten en formulas por la LEY EBUTIA, en ellas no era preciso la rigurosidad que si lo exigían las legis actio. Las formulas se componía de: la demostración (demonstratio) es la designación del objeto de la acción; la intención (intentio) es la solicitud del demandante; la adjudicación (adjudicatio) es la frase que puede usar el Juez al conceder algo a una de las partes en una demanda de división; y la condenación (condenatio) es la frase que se utiliza para condenar y absolver al otro.

¹³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882.

escrito, lo que no coincide con las tendencias actuales de concentración, intermediación y oralidad; a su vez se tramitaba en forma escrita y formalista, contemplaba un sistema probatorio cerrado, de tipo tarifario; se caracterizó por su lentitud, burocratismo, facilitación de actos maliciosos de las partes e inaccesibilidad para los sectores menos favorecidos económicamente; y falta de regulación de importantes instituciones. El antecedente en materia procesal penal, de menores y familia, sobre la economía procesal y la obtención de la verdad real, mediante el funcionamiento del proceso por audiencias respalda la normativa procesal civil-mercantil.¹⁴

El Código de Procedimientos Civiles¹⁵ de El Salvador se desprendía de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, con el transcurso de los años ya no satisfacía los derechos de una pronta y cumplida justicia que señala el artículo 182 de la Constitución de la República en su ordinal 5to. Es así que el Código de Procedimientos Civiles sufrió reformas parciales a lo largo de su centenaria existencia, los cuales a la larga no lograron acelerar sensiblemente los procedimientos y generar un cambio de actitud de los operadores de justicia; Por lo que las condiciones mismas de evolución demandaron una completa transformación procesal, coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, en virtud de que el código de procedimientos nació en un contexto social y jurídico muy diferente al del siglo XXI, por ende, se muestra inadecuado para una satisfactoria solución a los conflictos propios de una sociedad moderna y globalizada con los avances en todo tipo de materias y ciencias del conocimiento.

¹⁴ CONSIDERANDOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008

¹⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882.

Dentro del derecho salvadoreño, en el área privada hay figuras cautelares, como lo son el embargo, la anotación preventiva de la demanda, por decir algunas. En el proceso ejecutivo es donde se pone de manifiesto el tema cautelar, dejando claro que su fin es proteger derechos patrimoniales. En la historia del derecho salvadoreño¹⁶ se muestra la legislación procesal que se enmarca aproximadamente 1843, por medio del decreto de las Cámaras Legislativas que estuvo bajo el cargo del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, quien redactó el primer proyecto de Código de Procedimientos Civiles.

El Decreto de las Cámaras Legislativas¹⁷ es el punto de partida para la evolución de la legislación a través de una serie de reformas, de las cuales las más relevante datan de los años 1879 a 1882, en la cual se ubicó en un mismo cuerpo legal las normas procesales penales junto a las procesales civiles, por lo cual las medidas cautelares llegaron hasta cierto punto ser uniformes. Pero las Medidas Cautelares también han estado contempladas en el Código Civil, y ejemplo de esto es que en el Código con reformas que datan de 1904¹⁸ se encuentra lo que es el Secuestro, específicamente en el Artículo 2024 el cual dice: “El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor”.

¹⁶ SÁNCHEZ, V. J. J. *Apuntes sobre derecho procesal civil*. Publicaciones del Ministerio de justicia. Ediciones Último Decenio; El Salvador 1992. p. 57

¹⁷ VÁSQUEZ LÓPEZ, L. *Recopilación de Leyes Civiles y de Familia, 2005*, Apéndice del Código de Procedimientos Civiles, Ediciones publicadas. Antecedentes. Editorial LIS. Imprenta Offset Cuscatlán.

¹⁸ CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, D.E. del 30 de Abril de 1860.D. O. del 19 de Mayo de 1860. Cuarta edición. Con reformas de 1890 hasta 1903. Arreglada por el Doctor Rafael U. Palacios. San Salvador, Imprenta la Republica 1904.

En los artículos¹⁹ siguientes se pone de manifiesto que el secuestro aplicaba tanto para cosas muebles como bienes raíces; esta medida operaba tanto de manera convencional como judicial, esta última es por medio del decreto de juez. Había ciertas características como la intervención del Gobernador o Alcalde, en caso de que el inmueble fuese tomado sin la autorización debida de su titular declarado o decreto del juez.

El Código de Procedimientos Civiles con las reformas de 1916,²⁰ en el artículo 612 trata sobre el Embargo, para el cual lo define como: “el secuestro judicial de bienes que no podrá hacerse sin mandamiento de juez competente, cometido a un oficial público de juez ejecutor, y en su defecto a un juez de paz especialmente autorizado por el juez de la causa, en este caso sin necesidad de información ni de caución”. En estas disposiciones²¹ se contempla las obligaciones que debe seguir el juez ejecutor de embargo, como el cerciorarse que los bienes a embargar son del deudor. Entregar los bienes embargados a un depositario, que no podrá ser ni el acreedor ni el deudor. Este embargo operaba sobre todo tipo de bienes como las pensiones o salarios, con la salvedad que podía operar hasta un veinte por ciento. En caso de que un bien sea arrendado y llegase a embargar, estos quedaban en manos del arrendatario, el cual tenía la obligación de entregar las rentas producto del arrendamiento al depositario que se hubiese nombrado.

¹⁹ ÍDEM.

²⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882. Nueva Edición en la que se han intercalado las reformas de decretadas hasta 1916. Arreglada por el Dr. Don Belarmino Suárez, y Revisada por la Comisión de los Doctores Don Emerito Oscar Salazar y Don Isidro Moncada. San salvador 1916. Tipografía La Unión.

²¹ ÍDEM.

Tanto el Código Civil (23 de Agosto de 1859 por decreto del Poder Ejecutivo); como el Código de Procedimientos Civiles (31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882) han sufrido reformas, producto de ello es que el catálogo de medidas cautelares han aumentado como el secuestro de bienes, la anotación preventiva, anotación preventiva de la demanda, embargo de bienes, depósito judicial o secuestro judicial, formación de inventario de bienes. El secuestro de bienes muebles, no se necesita la presencia de la parte contraria en audiencia; se contempla en los artículos 143 a 147 de Código de procedimientos civiles. Operando en los casos de posible deterioro en poder del poseedor, cuando el futuro demandado sea un extranjero no domiciliado en el país, contra el tercero adquirente de buena fe, de un bien sobre el cual se ejerce la acción reivindicatoria.

La anotación preventiva, es la medida cautelar previa al proceso civil, afectando el bien inmueble, contemplado en el artículo 151 del Código de Procedimientos Civiles. En cuanto a la anotación preventiva de la demanda el Código Civil lo regula en el artículo 719, procediendo sobre bienes inmuebles, en el cual se dispute la propiedad, la constitución de cualquier derecho real, por decir algunos. El efecto principal de esta medida cautelar es anular enajenaciones posteriores realizadas sobre el bien inmueble después de la adopción de la medida²². Sobre el embargo de bienes el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 612, opera al existir un crédito en el cual su pago se ha reclamado judicialmente. El depósito judicial o secuestro judicial, que hoy se regula en los artículos 2006 al 2014. La formación de inventario, busca tener un panorama de manera general de los bienes, reconocido en el artículo 903, Código de Procedimientos Civiles.

²² CANALES CISCO, O. A. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño I*. Legislación-Doctrina-Jurisprudencia. San Salvador Agosto 2001. p. 164.

El Código de Comercio²³ como la Ley de Procedimientos Mercantiles²⁴, son otros cuerpos legales que ha contemplado el tema cautelar, por ejemplo este ultimo en su artículo 21 numeral 2do se maneja la medida cautelar de la orden provisional de cese de actos de competencia desleal, el cual a su vez el articulo 493 inciso segundo del Código de Comercio determina que se ha de brindar fianza suficiente cuando ella se solicite, con el fin de indemnizar por los perjuicios causado en caso de no haber demostrado la competencia desleal.

Otros cuerpos normativos como: Ley de Propiedad Intelectual²⁵, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos²⁶, encontrándose en ellas por ejemplo la medida cautelar de: Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad, o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación.

Como se ha hecho mención el derecho evoluciona conforme a la misma sociedad y tal es el caso que el Código de Procedimientos Civiles ya no se adapta a las exigencia actuales por lo cual nace el Código Procesal Civil y Mercantil²⁷ el 18 de septiembre de 2008, por decreto de la Asamblea Legislativa de El Salvador, poniendo fin a más de cien años de vigencia del Código de Procedimientos Civiles. Esta evolución tiene su punto en el

²³ CODIGO DE COMERCIO. Decreto Legislativo 671. Fecha: 08/05/1970, Diario Oficial 140

²⁴ LEY DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES. Decreto Legislativo 360. Fecha 14/06/1973 Diario Oficial No. 120.

²⁵ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Decreto Legislativo No 985. Diario Oficial No 58.

²⁶ LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS. Decreto Legislativo No 986. Diario Oficial No 58.

²⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo. N° 702, Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224, Tomo: 381, Publicación Diario Oficial: 27/11/2008. Reformas: Decreto Legislativo No.319 de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.

“Código Procesal Civil Modelo²⁸” el cual tiene sus inicios en 1970, el cual fue la base para la aprobación en 1981 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina; hasta las nuevas Reglas de Procedimiento Civil del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en septiembre de 2009. Un mayor aporte se encuentra en el Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000; a ellos hay que sumar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema en relación con la normativa procesal, y la Ley Procesal de Familia de octubre de 1994, primer paso hacia un moderno proceso salvadoreño²⁹.

Este Código Procesal Civil y Mercantil cuyo funcionamiento está dado desde el 1 de julio de 2010 por Decreto Legislativo 702, de 18/09/2008, contempla en el Libro Segundo, bajo el Título Cuarto, Las Medidas Cautelares, en sus artículos 431 y siguientes, los cuales tiene el objetivo que la sentencia que se dicte en el proceso pueda ser cumplida efectivamente. Ahí se incluyen algunas medidas cautelares ya conocidas, como el embargo, la anotación preventiva, el secuestro de bienes, etc., pero a su vez incluye nuevas como la orden de cesar provisionalmente una actividad o de abstenerse de una conducta o la suspensión de acuerdos sociales impugnados. A su vez ofrece la no taxatividad del catálogo de medidas cautelares, por lo que abre la posibilidad de solicitar cualquier medida no señalada en la ley siempre que se estime necesaria y conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia.

²⁸ CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. Historia-Antecedentes-Exposición de motivos. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaria General. Montevideo 1988. impreso en Talleres Gráficos de la Editorial M.B.A. Maldonado 2215, Montevideo. Pagina 4 y siguientes.

²⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL COMENTADO. Consejo Nacional de la Judicatura/ Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Impreso en Talleres Gráficos UCA Julio 2010. Presentación de la obra. P. 1.

En definitiva el proceso regulado en el código procesal civil y mercantil pretende lograr una efectiva justicia para las partes, de una manera rápida y racional, ya que posibilita una correcta aplicación de su normativa por parte de los jueces, pero esta efectiva justicia no solo se logra con las medidas cautelares, sino que con la introducción del procedimiento oral lo que otorga celeridad en la tramitación de procesos, la inmediación de la prueba por el juzgador y los alegatos por las partes ante el juez permite una mejor aplicación del derecho que con el sistema escrito mediatizado y formal. La publicidad de las audiencias es otro factor que permitirá la concentración de los actos procesales, así como un amplio examen del ejercicio de las facultades juzgadoras de los jueces. El sistema de libre valoración de la prueba, basado en las reglas de la sana crítica³⁰ deja de lado el sistema de prueba tasada, lo cual se complementará y aportará a esta nueva forma de aplicar la justicia procesal en El Salvador.

Luego de esta reseña histórica en la cual se justifica el por que de las medidas cautelares dentro del derecho procesal -clásico y moderno- interesa debido a que se pueda encontrar un sentido a la incorporación en un determinado ordenamiento jurídico, del denominado proceso cautelar.

³⁰ FAIREN GUILLEN, V. *Teoría General del Derecho Procesal*. Impreso y hecho en México 1992. pp. 453-458. En el sistema libre o de la sana crítica la ley deja al juez que aplique las máximas que éste ha adquirido por su experiencia en la vida, y en el caso de que la máxima no sea común, sino especializada, le permite servirse de la prueba pericial (por esto el experto o perito puede considerarse un auxiliar del juez). En el sistema de prueba legal o tasada lo que la ley hace es establecer la máxima de la experiencia en la propia norma (implícita o explícitamente), e imponerla al juez en el momento de la valoración de la prueba. Según este sistema, el legislador atribuye a cada medio de prueba un valor determinado; el juez no tiene sino que aplicar aquello que la ley le dice para cada caso. -El legislador sustituye al juez", decía Chiovenda. Sobre la base de antiguas reglas, aún subsisten restos de este tipo de apreciación, muestra de desconfianza en el juez (a veces, podía, históricamente, estar justificada) o en lo intrínseco, humano, de cada medio de prueba. También influyeron en ella factores de tipo religioso —en el "juramento"—, hoy día extraño salvo en el proceso canónico.

1.2.- Marco doctrinario.

1.2.1-Tiempo, Proceso y Necesidad de las Medidas Cautelares.

El proceso jurídico por medio del cual se establece y repara el derecho infringido, o se soluciona los litigios entre los particulares o justiciables, está configurado en un sistema de etapas previamente determinadas. Estas etapas ya sean de igual, menor o mayor brevedad entre ellas, lógicamente llevan aparejadas un desgaste de tiempo, es decir consumen obligatoriamente un lapso ya sean de días, meses o años para llegar a su finalización, que en el mayor de los casos es una sentencia.

Afirmando así que por muy corto o extenso que parezca un proceso jurídico este siempre tendrá un mínimo de tiempo para llevarse a cabo y deberá respetarse los derechos del demandante y demandado, así como también las formalidades del contradictorio. También es coherente que pensemos que cuando una persona demanda a otra ante el Estado, representado en este caso por los tribunales del órgano judicial, reclamando su derecho subjetivo aparentemente infringido, espera una respuesta de este, una solución o respuesta que es obligatoria proporcionarla, conforme al mandato constitucional, tal y como veremos posteriormente. En esa lógica no es un mero accidente que existan en los procesos jurídicos mecanismos que faciliten y aseguren esa solución, que se manifiesta a través de una resolución o sentencia, y sobre todo que esta sea efectiva, es decir que al momento en el cual se proporcione sea útil la sentencia y no sea aplicada en el vacío.

De acuerdo a lo dicho anteriormente el instrumento del que goza y está dotado el Estado es el “proceso Jurídico”³¹ el cual contempla en su seno otro instrumento que le ayuda para el fin apuntado denominado en el actual Código Procesal Civil y Mercantil como “Medidas Cautelares”. Estas en definitiva son en los sistemas procesales actuales una necesidad para el buen desenvolvimiento del proceso. “El fundamento que la autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que llega el reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativas de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener el pronunciamiento judicial.”³²

1.2.2-Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares.

Como es de notorio conocimiento en el mundo jurídico, el único ente facultado legítimamente, para solucionar los conflictos de particulares es el Órgano Jurisdiccional, facultad y a la vez obligación que es anterior a él; pues deviene precisamente por mandato constitucional. Este derecho-deber en nuestra legislación es posible analizarse en lo escrito en el Art.172 inciso primero de la constitución, en donde se destaca con gran importancia esa facultad, en dos fases: Por un lado está la jurisdicción cognoscitiva y por el

³¹ ORTIZ PORRAS, M. A. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Andrómeda. México, 1993, p. 25. Según Carnelutti, el concepto de proceso denota “la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio” El proceso lo podemos definir como el conjunto de actos mediante los cuales se constituyen, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable. El proceso es la suma de actos por medio de los cuales se constituyen, desarrolla y terminan la relación jurídica.

³² RAMOS MENDEZ. *Derecho procesal Civil, Tomo III*, p. 941. Citado por OSVALDO ALFREDO GOZAINI. *Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción Acción y Proceso*. Primera edición, Argentina. 1999. p. 283.

otro la de ejecución, el vocablo jurídico constitucional utilizado textualmente se refiere a “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Configurando dos cuestiones principales en este punto: por un lado el principio de exclusividad de la jurisdicción, y por el otro el derecho a la protección jurisdiccional. El derecho a la protección jurisdiccional reconoce de manera expresa la posibilidad que tiene toda persona de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración a sus derechos, y la mencionada disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a proporcionar protección jurisdiccional a todas las personas, frente a actos que considere que afectan su esfera jurídica, y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional, en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

En tal sentido, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, el proceso es el instrumento, de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia, o desde otra perspectiva la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones, dicho proceso es el único y exclusivo medio a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la constitución, privar a una persona de algún o algunos de sus derechos consagrados a su favor.(debido proceso ò proceso constitucionalmente configurado).³³ Por lo dicho es que toma relevancia el estudio y establecimiento de las medidas cautelares como una institución sistemática, y sobre todo que vuelva eficaz el derecho reclamado, ayuda al Estado a hacer prevalecer su función como administrador de justicia y de manera inmediata al proceso, instrumento

³³ LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.2005. Amparo: Referencia 497-2004 de las 8:15 del día 6-4-2005.

protector de los derechos subjetivos de los particulares. “Apuntalando la idea de “eficacia”, porque allí se instalan las medidas cautelares. Ellas no son salvaguarda del derecho subjetivo sino de la finalidad jurisdiccional”³⁴. Sólo cuando se logra esa efectividad de la sentencia, cuando es susceptible de llevarse a cabo es que existe “tutela judicial efectiva”.

1.2.3- Concepto y Definición de Medidas Cautelares.

Etimológicamente la palabra “medida” en la acepción que nos interesa, significa prevención, disposición; la palabra prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el ámbito jurídico son entendidas como disposiciones que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.³⁵

Dicho lo anterior es notable que el simple origen etimológico que componen la palabra de esta institución jurídica, no es suficiente como para tener una idea clara de ella, por ello nos vemos en la necesidad de pensar una definición que se apegue a su realidad actual, sobre todo para su mejor entendimiento; ya que el querer reducir realidades complejas a un concepto simple, resulta demasiado atrevido y se acerca más a una falacia. En concordancia con lo anterior debemos de tomar elementos definidores de esta institución; así como auxilio de definiciones dadas, con anterioridad a este escrito por la doctrina del derecho cautelar, refiriéndonos con esto a los

³⁴ GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. Ob. Cit. p. 287.

³⁵ OLECHEA Y NATASCHA. *Las Medidas Cautelares. En Internet: <http://www.medidascautelarestabajo.com>*. Citado por Krislia Eunice Alvarenga Claros y otros. Análisis Crítico de la Medida Cautelar en el proceso de inconstitucionalidad Salvadoreño. Universidad de El Salvador Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, 2008. p. 132.

conceptos y definiciones proporcionados por los expositores del derecho procesal cautelar.

Según Eduardo Gutiérrez de Cabiedez³⁶, para conceptuar una medida cautelar como tal, debe contener según su respetuoso saber, de los siguientes caracteres: Efecto asegurativo de la Medida; la medida cautelar debe estar preordenada a un proceso pendiente; homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado; carácter dispositivo de la medida cautelar; contracautela, levantamiento y modificación de las medidas cautelares. De estos elementos característicos dados por el procesalista español, a nuestro entender y para la definición de este concepto como institución jurídica estimamos que la “exhibición del título” y la “Contracautela”, más bien deben analizarse más como requisitos de procesabilidad y adopción de las medidas cautelares, ya que si bien pertenecen a ella, no forman parte de su esencia, dicho de otra manera solo serán necesarios al momento de decretar una medida cautelar e imponerla.

El efecto asegurativo del que nos habla este procesalista tiene que ver en gran parte con la función de las Medidas Cautelares es decir en resguardar un estado de hecho o de derecho (Eduardo Gutiérrez de Cabiedez, España, 1974, Pág. 388). Desembocando en lo que la doctrina llama medidas conservativas; pero también puede en determinados casos prevenir la continuidad o agravamiento del daño (medidas preventivas) o por último buscando un adelantamiento provisorio de la decisión de mérito (medidas provisionales).³⁷

³⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, E. *Estudios de Derecho Procesal*. Ediciones Universidad de Navarra. España 1974. Pp. 388-392.

³⁷ CANALES CISCO, O. A. Ob Cit. p. 462.

En cuanto a la preordenación de la medida cautelar a un proceso pendiente, tiene que ver en gran medida con la característica instrumental de la medida cautelar, es decir con su razón de ser, en el sentido de que si no existe proceso no debe por que existir medida cautelar. En relación a la homogeneidad y no identidad de la medida cautelar, es aplicable a una clase de medidas cautelares estas son las provisionales, muy comunes en los juicios de alimentos en el derecho procesal de familia; en estos procesos generalmente la madre del menor pide una cuota alimentaria anticipada, mientras se compruebe la paternidad del padre y fijar una cuota alimentaria definitiva. Es importante tener claro que el principio de rogación de las medidas cautelares está expresamente contemplado en el Art. 432 CPCM, conforme al cual solo pueden adoptarse a instancia de parte interesada, punto muy razonable sobre todo por el interés privado que rige los procesos civiles y mercantiles. Desde este punto el juez, no puede decretar de oficio medidas cautelares, excepto en aquellos que exista una Medida cautelar menos gravosa a la solicitada por el interesado, Art. 432 CPCM. Por último el carácter modificable de la medida cautelar está estrechamente ligado al principio de Rebus Sic Estantibus, característica y principio presente en toda medida cautelar. Siguiendo con las definiciones proporcionadas, por los tratadistas del derecho procesal, tenemos las siguientes:

PIERO CALAMANDREI³⁸ dice que “las medidas cautelares constituyen la anticipación provisoria de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma.” RAMIRO PODETTI³⁹, las define como “actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o

³⁸ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Bibliografía Argentina. 1945. p. 44.

³⁹ PODETTI, citado por Novellino Norberto José. *Embargo y desembargo y Demás Medidas Cautelares*, tercera edición actualizada. Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 22.

previamente a él, a pedido de los interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho o para seguridad de las personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede o no ser definitivo.” ENRIQUE FALCÓN⁴⁰ al definir las medidas cautelares nos dice: “son medios que a pedido de parte realiza la jurisdicción a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial o para determinar la seguridad de las personas.” Por último la definición dada por MARTÍNEZ BOTOS manifiesta que las medidas cautelares pueden “conceptuarse como aquellas que tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento y actuación se pretenda obtener a través del proceso es el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.”⁴¹

De las definiciones dadas se debe resaltar el carácter asegurativo, el carácter dispositivo de la medida, la instrumentalidad, la eficacia del proceso que se persigue, y la pretensión tutelada, que ya no es necesario tratar aquí pues ya fueron analizadas en párrafos anteriores en este apartado. Ahora teniendo como base estos elementos y estas definiciones que nos sirven de ejemplo concluimos de manera personal que las medidas cautelares son: “actos procesales asegurativos, preventivos o provisionales de carácter modificable que corresponde imponer al juez, a pedido de parte, con la finalidad del resguardo de la pretensión planteada así como de la sentencia, con la verificación de sus presupuestos procesales exigidos por ley.”

⁴⁰ FALCÓN E. M. *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. Edición 1978, Pág. 336. Al analizar esta definición puede observarse que hace referencia tanto a las medidas cautelares reales como a las personales.

⁴¹ MARTÍNEZ BOTOS R. *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1996, p. 56

1.2.4-Presupuestos de las Medidas Cautelares.

El Código Procesal Civil y Mercantil recoge los conceptos tradicionales que exigen las medidas cautelares en cuanto a presupuestos, a lo que hacemos referencia es a la invocación y prueba de la apariencia de buen derecho, el peligro de lesión o frustración de ese derecho, (Art. 433), así como la exigencia de la contracautela, o caución que debe ofrecer y constituir el peticionario en resguardo de los eventuales perjuicios que la medida pueda ocasionar al cautelado (en realidad este último constituye un requisito de ejecución de la medida cautelar y no del dictado de la medida cautelar, así como se encuentra reflejado con acierto en el nuevo código)⁴². Lo antes dicho va acorde a lo que la doctrina general de las medidas cautelares establece como presupuestos generales, para la adopción de estas, claro está para las medidas cautelares de carácter civil y mercantil ya que en el proceso penal bastan solo dos de ellas⁴³, al igual que en materia de procesos de inconstitucionalidad ante la sala de lo constitucional⁴⁴, siendo estos:

⁴² CANALES CISCO, O. A. Ob Cit. Pp. 468-469.

⁴³ GIMENO SENDRA V. *Derecho Procesal. Tomo III, Proceso Penal*. 1990, España, p. 334. establece que en materia procesal penal solo es exigible el "Fumus Boni iuris" que consiste en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada y el "Periculum in mora" o daño jurídico derivado por el retardo del procedimiento, determinado por la gravedad del delito y de la pena.

⁴⁴ RESOLUCIÓN DEL 16-IX-2003, INC. 4-2003, CONSIDERANDO II 3. "los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, consisten en la probable existencia de un derecho amenazado *-fumus boni iuris-* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia *-periculum in mora-*. Por ello, solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar en un determinado proceso cuando concurren ambos presupuestos, situación que en el proceso de inconstitucionalidad se traduce en el planteamiento, por parte del demandante, de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para generar la apreciación que este Tribunal se encuentra ante la probable existencia de una norma constitucional violada, y que tal apreciación se vea acompañada de la posibilidad que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad, como por ejemplo cuando el objeto de control del proceso lo constituyen normas de carácter transitorio o de vigencia temporal limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva. Lo expresado en los párrafos precedentes, en relación con el objeto de control en el presente proceso, se traduce en la improcedencia de la adopción de la medida cautelar solicitada por la demandante, cuestión que encuentra

Periculum in mora, Fumus bonis iuris, y La Caución. En cuanto al Periculum in mora: se concibe como el riesgo del daño para la efectividad de la tutela judicial, pretendida en el proceso principal; riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.⁴⁵

Este daño derivado por la mora procesal sin embargo no debe ser abstracto sino que inminente y urgente, por “tanto, de un peligro de mora general abstracto e inherente a todo proceso, ese riesgo abstracto no es suficiente, pues el mero hecho de iniciar un proceso no supone la pérdida automática de la efectividad de la tutela judicial, y no basta según la legislación aplicable”.⁴⁶

No alcanzando con invocar la duración o demora del proceso como fundamento para la adopción de una medida cautelar; se requiere la alegación y prueba de un riesgo cierto objetivo de lesión o frustración del derecho, que debe reflejarse en actos o situaciones concretas de las que pueda derivarse la inejecución de la eventual sentencia de condena. El riesgo de carácter genérico, será contrarrestado con la tutela ordinaria que es de carácter preventivo, pero para llegar a la tutela cautelar será

fundamento en que, si bien la parte actora ha expuesto con claridad sus argumentos en torno a los motivos que esgrime como bases de la inconstitucionalidad alegada, la vigencia de la disposición que se impugna no conlleva la posibilidad que los efectos de una eventual sentencia estimatoria pudieren verse frustrados; por cuanto la expectativa de duración de la disposición impugnada –de naturaleza indefinida– no evidencia la posibilidad que el eventual pronunciamiento definitivo sobre el ámbito de validez del objeto de control no surta efectos materiales sobre la vigencia del mismo, cuestión que lleva a la conclusión que uno de los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares –como lo es el *periculum in mora*– no concurre en el presente caso, situación que ha de generar que sea declarada sin lugar la solicitud de suspensión de la aplicación y vigencia del cuerpo normativo que ha venido a ser cuestionado de inconstitucional”

⁴⁵FUSTER A. I. *La Solicitud de las Medidas Cautelares en el Proceso civil*. NJ BOSCH, En <http://noticiasjuridicas.com/actual>. p. 2.

⁴⁶FUSTER A. I. *La Solicitud de las Medidas Cautelares en el Proceso civil*. NJ BOSCH, En <http://noticiasjuridicas.com/actual>. p. 2.

necesario además de los elementos de prevención y urgencia que el daño sea inminente; es decir que no de tiempo a que la jurisdicción se pronuncie sobre el peligro específico, el inmediato.⁴⁷

Es importante resaltar que todo el riesgo que atente con la efectividad de la sentencia, es importante para justificar el peligro de daño, quedan comprendidos los siguientes tipos: primero, tenemos en cuenta los riesgos que afectan la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica; segundo, riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica; que un bien inmueble sea transmitido a tercero protegido por la condición de tercero hipotecario, con la misma consecuencia anterior); tercero, Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (por ejemplo, sin las medidas de intervención judicial de la administración de bienes litigiosos productivos o de administración judicial de los mismos, el vencedor en el proceso podrá recibir los bienes, pero sin valor productivo alguno, carencia por la cual habrá de aceptar una indemnización); cuarto, Los riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor); y quinto, en fin, los riesgos de ineffectividad de la sentencia debidos al simple

⁴⁷ QUIROGA CUBILLOS, H. E. *Procesos y Medidas Cautelares, Comentarios a la Convención Interamericana, Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*. Segunda Edición, Okey Impresores Colombia, 1991. p. 34.

retraso en el otorgamiento de la tutela judicial y que consisten en un menoscabo -temporal o definitivo- del contenido específico de un derecho, menoscabo para el cual una indemnización dineraria no constituye, por diferentes razones, un tratamiento adecuado. Por ejemplo: el uso por el demandado de la marca registrada hasta que definitivamente se estima la pretensión por violación de ese derecho, causa un daño imposible de calcular la distribución de los productos del actor amparados por la marca registrada; la explotación indebida de una patente impide al actor obtener las ganancias derivadas.⁴⁸

El Fumus Bonis iuris, consiste en la justificación a simple análisis del derecho reclamado en la pretensión. La verosimilitud consiste en dar apariencia de razón fundada. Es el humo del buen derecho, conforme al brocardito “fumus Bonis iuris, el que se obtiene analizando los hechos invocados con los demás circunstancias que rodea la causa.”⁴⁹ “En el derecho civil suele ir ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho subjetivo material”.⁵⁰ El acuerdo judicial de la medida cautelar precisa asentarse en una prueba “prima facie” del derecho, mediante él, se pretende asegurar –lo cual corre a cargo del peticionario –esto es en un título que lo legitime habida cuenta, de una parte, los daños y perjuicios que es susceptible de acarrear a aquel frente al cual se dirija y de otra, la sin razón que supondría asegurar la efectividad de una sentencia si, desde el comienzo, no se acredita en modo alguno, el derecho que se pretende, sea reconocido en la resolución definitiva.⁵¹

⁴⁸ ORTELLS RAMOS, M. *Las Medidas Cautelares En La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista Jurídica Galega. España. 2001. P.17.

⁴⁹ GOZAINI, ALFREDO O. Ob cit. p.288.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, V. Ob. Cit. p. 354

⁵¹ IÑIGO FUSTER, A. *Ob Cit .p.2.*

En síntesis se debe entonces tomar en cuenta que dicha justificación del derecho no solo es exigible para la adopción de la medida cautelar, sino que también para el proceso principal; de hecho lo que generalmente ocurre es que primero surja dicha justificación en el proceso principal y luego se extienda a las medidas cautelares.

Como último presupuesto y no menos importante tenemos un presupuesto subjetivo denominado “caución o contracautela”: es el reaseguro del sujeto pasivo de las medidas cautelares, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordena fuera sin derecho o abusiva.⁵² Por lo tanto en esencia la caución equivale a decir garantía que exige la buena y justa acreditación del *fumus Bonis iuris*, teniendo estas dos un nexo muy claro en este punto. Se establece un régimen muy amplio en cuanto a su forma o modalidad de constitución (Art. 447 CPCM), y se faculta al tribunal a eximir al peticionario de la constitución de la caución en determinados supuestos a los que haremos referencia seguidamente. En cuanto a la forma de caución estarían excluidos la hipoteca o embargo de un bien por no poder disponer de ellas inmediatamente, pero si cabrían en este punto, dinero en efectivo, cheque de gerencia, o de caja, garantía bancaria, o de instituciones afianzadoras.

También es importante hacer referencia a la exención de caución que el CPCM establece en el Art. 448, en el que se exigió la “situación económica del peticionante” o como lo dice el código “capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante, pero exigiendo además que el patrimonio de este sea sensiblemente menor al de la contraparte, llevándonos con esto a una

⁵² GOZAINI, A. O. Ob. Cit. p. 289.

comparación entre los patrimonios de las contrapartes, buscando así el acceso con facilidad a la adopción de la medida cautelar, siempre y cuando esta lo amerite. Sintetizando este punto la caución cumple dos funciones o formalidades: en primer lugar el de ser cautela de la cautela, no permitiendo un daño injusto; y por otro cumple una función psicológica, pues aviva en el ánimo de aquel que debe prestarla una mayor diligencia a la hora de intentarse la adopción de la medida, toda vez que la hará sustentar con particular esmero dicha petición si no desea responder de ella para el supuesto que el acuerdo judicial de la medida cautelar no resultase procedente y sea esta, por ello revocada (Manuel de las Heras García; publicación Aranzadi Social 10/2001).⁵³

1.2.5-Naturaleza de Las Medidas Cautelares.

Como acción la entendió Chiovenda, refiriéndose incluso a sentencias provisionales o asegurativas; relación fuertemente criticada por quienes receptan la acción como concepto unitario. Como pretensiones y peticiones procesales, extracontenciosas la entiende PALACIO, en coincidencia con GUASP, que las desarrolla a partir de su explicación sobre el embargo. Como providencia particular y específica, distinta a cualquier otra providencia que emite la jurisdicción, la sostiene CALAMANDREI...Con mayor comodidad y adecuación a la manera como se legisla sobre la materia, se prefiere designarlas “medidas cautelares” o precautorias, sin perjuicio de recordar su contenido formales que lo diferencian de otras providencias de trámite o conocimiento.⁵⁴

Ante tanta diversidad y no consenso en este punto muchas de ellas ambiguas y sobre todo porque ninguna de ellas logra suficientemente

⁵³ IÑIGO FUSTER, A. *Ob Cit.* p. 4.

⁵⁴ GOZAINI, O. A, *Ob cit.* Pp. 284 a 287.

demostrar la naturaleza de las medidas cautelares se habla de tertium genus del proceso contencioso, obrante junto al de cognición y ejecución, por que el presupuesto está en la litis y no en la composición de la litis. En este punto consideramos que la verdadera Naturaleza Jurídica de esta institución que estamos tratando no ha llegado aún a su etapa de madurez, sobre todo por la diversidad de opiniones respecto al tema. A nuestro entender por el avance y renovación de los procesos jurídicos en el mundo europeo y latinoamericano principalmente, la cuestión de las medidas cautelares esta a la víspera de convertirse en un verdadero proceso, sobre todo por las futuras exigencias de respetar los derechos del contradictorio y el derecho de igualdad, que en las medidas cautelares no se ve a cabalidad y ante todo tomando en cuenta que el derecho es de carácter dinámico, y se mantiene en constante cambio.

1.2.6- Características de las medidas cautelares.

1.2.6.1-Instrumentalidad: es la característica esencial de las medidas cautelares, implicando que ellas están subordinadas a un proceso principal, el cual radica en el objeto que está en litigio dentro del proceso. Lo que se busca al decretar una o más medidas cautelares es la efectividad de la sentencia estimatoria que en su debido momento se dicte por la autoridad judicial. Esta característica es por la necesidad de evitar que se produzca un daño, o que el mismo daño se agrave durante la espera en el tiempo en que se dicte la sentencia definitiva.⁵⁵

⁵⁵ MATORANA MIQUEL, C. *Las Medidas Cautelares*, Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Editorial Universitaria. P. 14

En este orden de ideas Piero Calamandrei⁵⁶ determina que el fin inmediato al decretar una medida cautelar es asegurar la eficacia de la sentencia definitiva estimativa con la cual se garantiza el funcionamiento de la justicia, y a su vez sirve para que el derecho actúe en función de la pretensión que se hace valer anticipando o asegurando la continuación de la ejecución en un caso de éxito en la demanda, esto último en doctrina es llamado instrumento del instrumento, por su doble funcionalidad.

1.2.6.2-Provisionalidad⁵⁷: esta característica va destinada a su existencia que tiene relación con las circunstancias que determinaron a solicitarlas, de igual forma una vez otorgada la medida cautelar en el momento en que cesare el daño se podrá requerir su levantamiento. Constituyéndose así en un anticipo de la garantía jurisdiccional, encaminada a asegurar el resultado del proceso principal. La providencia que dicta una medida cautelar tiene efectos provisionales, la cual está destinada a agotarse, en cuanto que su objeto sea alcanzado en el momento en que se dicte la sentencia definitiva sobre el mérito de la controversia. La provisionalidad corresponde a un interés específico que se justifica en el momento de solicitarla cualquier medida cautelar, de la existencia de un peligro de daño jurídico, que viene dado por el retardo de una providencia jurisdiccional definitiva; es decir, el *periculum in mora*, que es la condición típica y distintiva de las providencias cautelares⁵⁸.

⁵⁶ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. p. 45

⁵⁷ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. p. 40

⁵⁸ ZAMBLAZZO, M. G. *Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares*. Publicación del Departamento de Derecho Procesal y Practica Profesional. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2004. Republica de Argentina. p. 106

El carácter provisional conlleva a decir que están destinadas a mantenerse mientras se mantengan las situaciones que las originaron y siguen la suerte de la principal, lo que las convierte en accesorias también⁵⁹. Las medidas cautelares no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso principal se haya alcanzado una situación que haga ya inútil el aseguramiento⁶⁰, bien porque la pretensión ha sido desestimada, porque la sentencia principal ha sido ya cumplida o porque se han realizado actos del proceso de ejecución que privan la razón de ser de las medidas cautelares.

1.2.6.3-Temporalidad: Esta característica es el reflejo de la instrumentalidad que poseen las medidas cautelares a pesar de producir efectos desde que se conceden tienen una duración en el tiempo que pende del proceso principal. Es decir que todas medida cautelar adoptada en un litigio tienen una duración temporal limitada, por lo que se puede afirmar que nacen para extinguirse⁶¹. El carácter va referido a que una vez desaparecen los presupuestos o motivos que sirvieron de puente para su adopción y ejecución procede el levantamiento o extinción de la misma.⁶². De las anteriores características se establece que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que ésta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial. En otras palabras “Las medidas cautelares, además de ser provisionales, de tener como límite

⁵⁹ ANTÚN, M. D. – RICOTINI, M. E. *Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares*. Publicación del Departamento de Derecho Procesal y Practica Profesional. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2004. Republica de Argentina. p. 236

⁶⁰ ALESSANDRI, F. *Reglas Comunes a Todo Procedimiento y del Juicio Ordinario, Curso de Derecho Procesal*. Santiago de Chile, Imprenta el Esfuerzo. 1934. p. 114

⁶¹ DÍAZ, S. A. *Técnica Jurídica del Proceso Civil*. Biblioteca Jurídica Argentina. p. 64. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>

⁶² CLARIA OLMEDO, J, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial, Buenos Aires, 1963, t. V, p. 219.

máximo de vigencia la duración del proceso principal, se encuentran sometidas a un lapso de tiempo a la cláusula rebus sic stantibus, de modo tal que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial⁶³ esta cláusula está íntimamente relacionada con las demás características de las medidas cautelares.

1.2.6.4-Flexibilidad: Supone que las medidas cautelares en la forma que produzca una variación de los presupuestos o circunstancias que prevalecieron al tiempo de la adopción, se pueden ajustar a la nueva realidad que impera. La variabilidad permite que se puedan modificar, sustituir, ampliar o levantar, en la medida que cambien las circunstancias que prevalecieron al tiempo de su adopción. Implicando que esta modificación, sustitución, ampliación o levantamiento se debe por la alteración de la situación o circunstancias que motivaron la invocación de la medida cautelar; bajo este criterio únicamente deberán mantenerse mientras subsistan los supuestos que las han justificado⁶⁴. Estas puede llegar a desaparecer, con o sin anterioridad por decisión del juez, sin importar el tiempo de producirse una sentencia definitiva que pone fin al proceso, la cual, si es desestimatoria, extingue la medida y si es estimatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución.

1.2.6.5-Sumariedad⁶⁵: Esta característica consiste en la agilidad con que debe sustanciarse la adopción y ejecución de las medidas cautelares, el

⁶³ VECINA CIFUENTES, J. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Colex, 1993, p. 43.

⁶⁴ MORICETE FABIÁN, B. *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil*. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo, Republica Dominicana. 2007. p. 21

⁶⁵ ZAMBLAZZO, M. G. *Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares*. Publicación del Departamento de Derecho

conocimiento de los hechos a la hora de interponer la medida cautelar, tiene su razón de ser en la celeridad y urgencia que puede representar el peligro en la demora, dado que de entrar en un conocimiento profundo sobre la verdadera existencia del derecho alegado, se entraría a fallar el fondo del asunto sin ser requerida la declaración de una protección cautelar dentro del proceso.

Es por lo anterior, que afirma Serra Domínguez⁶⁶: “bastara para declarar una medida cautelar con alguna verosimilitud o probabilidad de éxito del proceso”. De acuerdo a él esta valoración se obtiene luego de una breve y superficial valoración de las circunstancias; se deja el conocimiento pleno y profundo para la sentencia principal. En conclusión requiere un grado de credibilidad aparente para que proceda la ejecución de la medida cautelar, siempre que se hayan acreditado y cumplido ágilmente la concurrencia de los presupuestos legales. Por ejemplo el secuestro requiere una actuación rápida, ya que corre un riesgo inminente de que sus efectos resulten negativos, ya porque el poseedor de la cosa, o porque otro interesado cuyo derecho no sea mejor se adelante y le haga perder su beneficio. Por eso se requiere que sea tramitado inmediatamente, sin demora alguna. Hay que recordar que las medidas cautelares responden a salvaguardar derechos subjetivos en disputa pero primordialmente a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, por ello hay que decretarlas y ejecutarlas antes de que el titular de esos derechos tenga conocimiento, caso

Procesal y Practica Profesional. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2004. Republica de Argentina. p. 106.

⁶⁶ DOMÍNGUEZ, S. *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo*, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, Primera Edición, 1996. p. 123.

contrario haría inoperante la figura cautelar ya que el demandado tendría la oportunidad de eludirla la sentencia⁶⁷.

1.2.6.6-Judiciales: Por último y en relación al órgano que debe disponerlas, se enmarcan dentro del órgano jurisdiccional⁶⁸. Conforme a esto las medidas cautelares en materia civil únicamente pueden ser estimadas y adoptadas por la autoridad judicial competente. Este carácter resulta esencial desde todo punto de vista, ya que sólo son decretadas por el juez natural y legal y a través de las formalidades establecidas en la ley. Al reconocer esta característica corresponde al juez establecer las condiciones en que el solicitante ha de proteger su derecho invocado como también él mismo puede levantar o modificar las medidas cautelares acordadas.⁶⁹ Hay autores que consideran que las medidas cautelares son de carácter jurisdiccional y no administrativo por ejemplo Garberi Llobregat, expone que las medidas cautelares son jurisdiccionales porque necesitan de una resolución judicial, en forma de auto motivado, para desplegar su completa virtualidad.

Serra Domínguez afirma que la medida cautelar es jurisdiccional, en cuanto contiene elementos jurisdiccionales típicos, como son la declaración con fuerza de cosa juzgada y, sobre todo, por su carácter instrumental respecto de un ulterior pronunciamiento jurisdiccional. Jorge Fábrega es partidario de una postura que podría llamarse ecléctica, porque considera que la estructura de las medidas cautelares es compleja, porque está

⁶⁷ MARTEL CHANG, R. A. *La Necesidad de Legislar Sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil*. (en línea: sisbib.unm.sm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Humm/martel_Ch_R/titulo_4.htm).

⁶⁸ VÁSQUEZ ROSSI, J. E. *Derecho Procesal Penal, la Realización Penal, Tomo II*. Rubinzal - Culzoni Editores. p. 244

⁶⁹ GIMENO, S. *Las Medidas Cautelares en Materia Comercial*. Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Publicaciones Universal. pp. 500-5001.

compuesta de elementos jurisdiccionales-cognición-y elementos de naturaleza administrativa-depósito del bien e inscripción-que a pesar de que algunos son ejecutados por el tribunal, no constituyen verdaderos actos jurisdiccionales, sino administrativos. De lo anterior se considera que las medidas cautelares son netamente jurisdiccionales, toda vez que se originan y terminan dentro de una estructura procesal ante un ente jurisdiccional. Las Medidas Cautelares que se adoptan dentro de un proceso tienen necesariamente la característica de jurisdiccional. La fase de solicitud, cognición, oposición de ejecución, son actos totalmente procesales, a practicar siguiendo normas procedimentales, y siempre bajo la potestad del juez.

1.2.7- Tipos de Medidas Cautelares.

1.2.7.1-Al proceso en cual ellas se dictan: se pueden clasificar en medidas cautelares civiles y penales. En el proceso civil, no caben las medidas cautelares personales sino que solamente las reales⁷⁰, dado que la sentencia siempre debe hacerse efectiva respecto del patrimonio de la persona del deudor, ejemplos claros de ello son el embargo preventivo de bienes, el secuestro, la intervención judicial, etc. En cambio, en el proceso penal cabe concebir la existencia de medidas cautelares personales⁷¹ y

⁷⁰ MONTERO AROCA, J. Y CHACON CORADO, M. *Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen 1.* Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España. Editorial SP. p.515.

⁷¹ CLARÍA OLMEDO J. A. *Derecho Procesal Penal, Tomo II.* Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. p. 352. Manifiesta que esta actividad entorno a medidas cautelares se les llama también coerción procesal, la que se distingue en personal o real según que recaiga sobre la persona afectando su libertad, o sobre los bienes sujetándolos a los fines procesales o impidiendo su disponibilidad. La coerción procesal es personal cuando recae sobre las personas, afectando en alguna medida su libertad, tiende a prevenir la normal realización del proceso y la obtención de su resultado. Restringe la libertad física de los particulares que intervienen en el proceso penal como autores de delitos. Algunas a manera de ejemplo son: la detención, medidas de seguridad, libertad condicionada, etc.

reales. Sin embargo, la existencia de medidas cautelares reales es eventual, dado que pueden ser adoptadas sólo en la medida en que pueda hacerse valer la acción civil dentro del proceso penal. Las medidas cautelares personales tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado, con el fin de asegurar el ejercicio de la pretensión punitiva, durante el curso del proceso penal hasta la ejecutoriedad de la sentencia penal. En caso de haber medidas cautelares reales en el proceso penal, ellas deberán tener por objeto privar, limitar o disponer de los derechos patrimoniales⁷² durante el curso del proceso penal para asegurar la pretensión civil que puede hacerse valer en el proceso penal y en tal caso puede ser reconocida al momento de dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal.

1.2.7.2-A la finalidad y efectos que persiguen, y su relación con la situación de hecho existente: se clasifican en medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas. Las medidas cautelares conservativas de acuerdo a José CHiovenda⁷³ tienen el fin de preservar el estado existente de la cosa al momento en que es decretada la providencia, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la sentencia principal ejercer sus efectos. La concepción asegurativa o precautoria constituida por la administración y la intervención judicial, anotación preventiva, prohibición de innovar y contratar, son las que han constituido el catálogo tradicional de las medidas cautelares.

⁷² CLARIA OLMEDO, J. A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. pp. 281 - 286

⁷³ CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid. Editorial Reus (S.A.) 1922. p. 264.

Las medidas cautelares innovativas⁷⁴ responde al objeto de ser una vía provisoria o anticipada con los efectos constitutivos e innovativos de la sentencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos. Por ejemplo el otorgamiento de alimentos provisorios, esto en materia de familia. Estas medidas innovativas tienen una variada denominación como satisfactivas o anticipativas. La elección del calificativo responde a la hora de designar la naturaleza de la medida por ejemplo: hablar de medida innovativa es referirse a una medida cuyos efectos alteran o innovan la situación de hecho existente a la fecha en que solicita la medida; por el contrario será satisfactiva cuando realice el derecho o interés cuya tutela se pretende o se exige en el proceso principal; y será anticipativa cuando, adelante los efectos de la tutela que la sentencia principal reconocerá. Las medidas autosatisfactivas configuran un medio de tutela rápida y extraordinaria que se admite en forma restrictiva ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz, estas medidas tienden a ser autónomas, porque se agotan en sí mismas, debido a que quien lo reclama, exige una respuesta inmediata en un “aquí y ahora”, quien lo peticiona vea satisfecho su derecho.⁷⁵

En cuanto a las medidas autosatisfactivas⁷⁶ se observa que son soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y autónomas que persiguen la

⁷⁴ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. p. 55

⁷⁵ DE LOS SANTOS, M. *Medidas Autosatisfactivas y Medidas Cautelares, Semejanzas y Diferencias Entre Ambos Institutos procesales*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 1998. p. 31.

⁷⁶ PEYRANO, J. W., *Medidas Autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 13. Se trata de una especie de tutela urgente que no debe confundírsela con la tutela cautelar. En efecto, realizando una aproximación al ideario de la medida autosatisfactiva, ha dicho que “se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o

satisfacción inmediata de lo peticionado, se resuelven inaudita parte, procede sólo en casos en que exista un interés tutelable cierto y manifiesto cuya protección inmediata resulta imprescindible. Son de beneficio en los conflictos familiares y muchas legislaciones no les otorgan un marco específico, lo que les deja en desventaja ante un rápido y claro acceso del justiciable a la protección deseada.

Sobre el carácter autónomo implica que no tiene fines asegurativos de un eventual pronunciamiento futuro favorable, sino que, es principal y se agota en sí misma porque persigue el dictado de una sentencia de fondo anticipada al trámite del proceso. Debe haber un grado superior de convicción para que procedan en el órgano jurisdiccional requerido, lo que equivale a una alta o fuerte probabilidad de que el actor posee el derecho que invoca, vinculado estrictamente con los efectos de la resolución que dicte el juez, de contenido material, implica que el peticionario que requiere la acción autosatisfactiva debe llevar al juez elementos probatorios suficientes como para que éste concluya que el derecho por él invocado es inmediatamente aplicable, sin probabilidad de que el demandado pueda rebatir aquellos elementos probatorios que fundan la convicción⁷⁷.

1.2.7.3.-Relación de instrumentalidad que las une con la providencia principal⁷⁸:

1.2.7.3.1.-Providencias instructorias anticipadas⁷⁹: con ellas lo que se busca es obtener y conservar ciertas pruebas, que podrán ser utilizadas

decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma

⁷⁷ LAZZARI, E. N., *Medidas Cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, p. 12.

⁷⁸ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. pp. 53-70

luego en un futuro proceso. Para Calamandrei, se habla de providencias de conservación o aseguramiento de pruebas, las cuales hoy en día para cierta parte de la doctrina ya no tienen mucha validez su clasificación puesto que se trata sobre el tema probatorio.

1.2.7.3.2.- Las que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada⁸⁰: este tipo de sentencias buscan impedir la disposición de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Aquí se incluye embargo preventivo, el secuestro judicial, la inhibición y la intervención judicial.

1.2.7.3.3.-Providencias mediante las que se decide una relación controvertida⁸¹: en espera de que a través del proceso se perfeccione la decisión definitiva, en virtud de que si la indecisión de la relación controvertida perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables. Dentro de ese grupo se encuentran, las que se dictan en el proceso de familia como la separación entre cónyuges y las providencias en materia de alimentos. Para Calamandrei, en los dos primeros grupos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación substancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, en el tercer grupo, en cambio, “la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisional del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisional de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”.

⁷⁹ ÍDEM. p. 53

⁸⁰ CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. p. 56.

⁸¹ ÍDEM. pp. 58-59.

1.2.7.3.4.- Las que consisten en la imposición de una caución⁸²: es la condición para obtener una futura providencia judicial, en especial la sentencia definitiva. Normalmente la adopción de las medidas cautelares queda condicionada a que el solicitante de las mismas preste caución para asegurar la eventual indemnización de los daños y perjuicios causados al demandado, ante la posibilidad de que al final del proceso principal, el de conocimiento o declaración, la pretensión del actor sea desestimada⁸³. Lino Enrique Palacio profundiza mas sobre el tema de la caución en su obra,⁸⁴ determinando que esta opera en el supuesto de haberse pedido indebidamente la medida cautelar, respondiendo más bien a un posible daño generado a la otra contraparte.

1.2.7.4.-Atendiendo a la forma en que se encuentra reguladas las medidas cautelares: se distingue entre medidas cautelares nominadas o típicas y medidas cautelares innominadas o de poder cautelar general, genéricas o atípicas. Las medidas cautelares nominadas o típicas: son aquellas que se encuentran expresamente previstas por parte del legislador para los efectos de impedir que se materialice el periculum in mora con motivo del retardo con el cual debe ser dictado en el proceso la providencia definitiva que ha de resolver el conflicto. Esto responde a numerus clausus es

⁸² CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. . Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica 1945. p. 63.

⁸³ MONTERO AROCA, J. Y CHACON CORADO, M. *Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen 1*. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España. p 511

⁸⁴ PALACIO, L. E. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimoséptima Edición Actualizada. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. p. 773 dice: "Finalmente, constituye presupuesto de las medidas cautelares que recaigan sobre bienes, el previo otorgamiento, por su beneficiario, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los daños que aquéllas pueden ocasionarle en la hipótesis de haber sido pedidas indebidamente. La contracautela, por consiguiente, en tanto asegura al destinatario de la medida la efectividad del resarcimiento de los posibles daños, concreta en cierto modo la igualdad de las partes en el proceso, pues viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar".

decir que son taxativas las medidas cautelares con la advertencia que ellas tienen aplicación en materia penal,⁸⁵ bajo el principio de “tipicidad cautelar personal”, debido a que solo el juez puede adoptar las medidas que al efecto haya previsto expresamente el legislador y en la forma que éste haya señalado.

Las medidas cautelares innominadas, atípicas o genéricas⁸⁶ consisten en que el aplicador de justicia reconozca fuera del cuerpo legal otras medidas cautelares que no regula el legislador, siendo así un poder cautelar general en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer de manera preventiva la eliminación del peligro en la forma y con los medios que considere oportuno y apropiados al caso determinado. Este tipo de medidas procede de acuerdo a las necesidades del caso, si no existe una ley específica que satisfaga las necesidades del aseguramiento.

Corresponde dictar estas medidas cuando resulten insuficientes o excesivas, según el caso las medidas cautelares contempladas por la ley. Para que procedan deben concurrir los presupuestos generales comunes a toda medida cautelar: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela. Algunas de las medidas cautelares genéricas son: Suspensión de una subasta judicial, Prohibición de efectuar declaraciones públicas a los órganos societarios acerca de temas que conciernen a la actora, Cesación de ruidos molestos, Prohibición de salir del país, Interdicción de navegar, Prohibición de acceso al negocio a los socios cuya exclusión se pide. Este tipo de medidas cautelares refleja que el ordenamiento procesal no posee

⁸⁵ MATURANA MIQUEL, C. *Las Medidas Cautelares*. Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p 19.

⁸⁶ PALACIO, L. E. *Manual de Derecho Procesal Civil. Decimoséptima Edición Actualizada*. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. p. 780.

carácter taxativo, pudiendo dictarse otras que no se encuentran incluidas en la legislación como las medidas autosatisfactivas o innovativas. Mas debe tenerse presente que todas ellas deben reunir los presupuestos enunciados para ser admitidas⁸⁷.

1.2.7.5.-Según lo que se pretenda proteger: existe un primer grupo de medidas bajo la clasificación de asegurar bienes como el embargo preventivo de bienes, la inhibición general de bienes y el secuestro a este subgrupo se puede llamar medidas que tienden a asegurar la ejecución forzada, pero hay otra subclasificación que tiende a mantener el status quo como la intervención judicial, la anotación de litis y la prohibición de innovar.

Un segundo grupo lo comprenden las medidas para asegurar personas con aplicación en materia penal y de familia, por ejemplo en materia penal la prisión preventiva y en familia busca satisfacer las necesidades de manera urgente como el caso de alimentos y la protección de personas, alimentos provisorios, prohibición de salir del país. Y un último grupo lo son las medidas tendientes a asegurar y conservar elementos de prueba, de las cuales ya observamos el enfoque que les otorga Piero Calamandrei.

⁸⁷ DÍAZ, S. A. *Técnica Jurídica del Proceso Civil*. Biblioteca Jurídica Argentina. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>. p. 65

CAPITULO II

CONSTITUCION Y TRATADOS INTERNACIONALES.

Sumario: 2.1. Disposiciones de Orden Constitucional. 2.2. Tratados Internacionales; 2.2.1.- Derecho Internacional Privado y el derecho internacional público; 2.2.2- Concepto y clasificación de los tratados internacionales: 2.2.2.1.- En cuanto al número de sujetos parte en un tratado; 2.2.2.2.- En cuanto a las posibilidades de acceder al tratado; 2.2.2.3.- En cuanto a las formas de celebración del tratado; 2.2.2.4.- En cuanto al contenido u objeto del tratado. 2.2.3.- Relación del Código Internacional de Derecho Privado (Código de Bustamante) con el Código Procesal Civil Y Mercantil.

2.1.- Disposiciones de Orden Constitucional.

La tutela cautelar judicial constituye una manifestación del derecho de acceso a la justicia, sobre esa premisa se parte en ser uno de los derechos fundamentales de la persona, lo cual en las siguientes líneas se han de tratar sobre la base de lo que son las medidas cautelares, que parten de una base común: La probable existencia de un hecho constitutivo de amenaza –periculum in mora- y la verosimilitud del derecho –*fomus bonis iuris*- a ello hay que agregar el elemento de la Caución; de esto se desprenden algunos lineamientos cuya base se encuentra en la Constitución de la Republica de El Salvador⁸⁸. Para Rubio Llorente⁸⁹ es una exigencia el relacionar la teoría de la Constitución con otros cuerpos legales puesto que ella ha venido a ocupar un lugar privilegiado en el sentido de ser catalogada como una primera ciencia que sirve de base y fundamento de todo el saber jurídico. Podetti⁹⁰ señala que las medidas cautelares constituyen un anticipo de las garantías

⁸⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983

⁸⁹ CARBONELL, M. *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. Editorial Porrúa. p. 155.

⁹⁰ PODETTI, J. R. *Tratado de las Medidas cautelares*. Argentina 1969. EDIAR Sociedad anónima editora p. 33

otorgada por la Constitución para la defensa de la persona y de los derechos, por cuanto requiere un esclarecimiento que otorgan las medidas cautelares a través de la verosimilitud del derecho, ante *fumus iudicis* y aun sin él, con una *contra cautela* eficaz para asegurar el resarcimiento de posibles daños.

La demora en la tramitación de los procesos judiciales hace que la decisión que en definitiva se adopte pueda resultar ilusoria, en la medida que el afectado por la misma pueda adelantar acciones que le permitan poner a salvo el estado de sus bienes o derechos, colocándolos así fuera del alcance de la justicia o hacer que la sentencia que se ejecute sea de imposible cumplimiento para sus intereses. En razón de ello el ordenamiento jurídico determina medidas que busquen garantizar decisiones judiciales efectivas concretizándose así la tutela cautelar la cual guarda una íntima relación con el contenido constitucional que está protegido por el acceso a la justicia. Hay tres elementos⁹¹ al considerar el tema cautelar como: que las decisiones de los jueces deben ser ejecutadas y cumplidas, que todo sujeto debe tener un acceso efectivo a la justicia para lo cual ha de ofrecérsele mecanismos para asegurar tal efectividad de las decisiones judiciales favorables, y que es necesario que el derecho de acceso a la justicia contribuya a un mayor equilibrio procesal en el caso de que, quien acuda a la justicia mantenga en el desarrollo del proceso un estado de cosas semejantes al que existía cuando recurrió al aplicador de justicia, garantizándole una seguridad jurídica⁹². De estas ideas se ha de desarrollar la tutela cautelar con una visión constitucional que tiene su base en el acceso igualitario a la justicia y la efectividad de la misma⁹³, por ello resulta pertinente identificar los artículos

⁹¹ RESTREPO MEDINA, M. A. *Balance de la Jurisprudencia Constitucional Sobre la Tutela Cautelar Judicial*. Bogotá-Colombia, 2006. ISSN Impresa. pp. 4-6

⁹² ALTERINI, A. A. *La Inseguridad Jurídica*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. pp. 15-17.

⁹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Principios Constitucionales en el Proceso Civil*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993. Sin Editorial. p. 140

que guían el sistema de medidas cautelares en El Salvador, como la posición jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional como función de garantizar la realización del derecho de acceso a la justicia.

El artículo 1 de la Constitución de la República en su inciso primero reconoce a “la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común⁹⁴”. Este precepto recoge valores de orden constitucional como: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común, encaminados a proteger al individuo mismo.

El artículo 2 de la Constitución de la República,⁹⁵ en su inciso primero manifiesta: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”. Aquí se encuentra el Derecho a la Propiedad lo cual guarda íntima vinculación con la Medidas Cautelares. Puesto que estas nacen para asegurar la efectividad y cumplimiento de una sentencia de carácter estimatoria en el cual puede estar en disputa la propiedad de un bien. La Sala de lo Constitucional⁹⁶ ha determinado que la propiedad es un derecho real y absoluto frente a terceros, el cual es pleno, que puede ser ocupado, servirse de él mismo cuantas maneras sea posible, y aprovechar sus productos y acrecimientos, como también modificar y dividirlo. El derecho a la propiedad está ligado a la

⁹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. Artículo 1, inciso primero.

⁹⁵ ÍDEM. Artículo 2 inciso primero.

⁹⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR COMENTADA. Sala de lo Constitucional, Sentencias de 26-VIII-1998, Amparo 317-97, Considerando III 2. Constitución de la Republica de El Salvador 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. p.13.

seguridad jurídica, la cual tiene dos enfoques⁹⁷. La primera como una seguridad material, que es la tranquilidad a disfrutar sin riesgos los bienes muebles o inmuebles que cada quien posee, esta protección también recae sobre el Estado entorno a las medidas pertinentes y preventivas que toma o ha de tomar para no sufrir daño alguno. En cuanto al segundo enfoque, la seguridad jurídica debe responder a que todos y cada uno de los individuos tenga una certeza de que no le será modificada su situación jurídica salvo por procedimientos regulares y autoridades competentes establecidas previamente

Lo antes manifestado conlleva a citar el artículo 11 y 22 de la Carta Magna⁹⁸ que determina que ninguna persona puede ser privada del derecho a la propiedad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, como el derecho a disponer libremente de los bienes conforme a la ley. Esto lleva a citar el Derecho de Audiencia, el cual tiene un carácter procesal de protección hacia el ciudadano y que se ha configurado con el Debido Proceso, da como resultado: el ser juzgado por un procedimiento establecido previamente, que las autoridades estén previamente establecidas, que el proceso se desarrolle acorde a las formalidades y que la providencia judicial se dicte conforme a las leyes preexistentes⁹⁹.

⁹⁷ ÍDEM. Sala de lo Constitucional,. Sentencia de 7-IX-2001, Inconstitucional 15-98, Considerando IV 1B. Constitución de la Republica de El Salvador 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. p. 3

⁹⁸ ÍDEM. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. Art. 11, inciso primero: Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. Art. 22.- Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción.

⁹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR COMENTADA. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 13-X-1998, Amparo 150-97. Constitución de la Republica de El Salvador 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. p. 22.

Ante este marco las medidas cautelares responden apegándose a lo mencionado. Pero ¿porqué las medidas cautelares se decretan sin audiencia de la contraparte? o ¿Violentan las medidas cautelares el debido proceso, y en especial al derecho de audiencia? En torno a ello la Jurisprudencia manifiesta que la legislación misma permite el decretar medidas cautelares, por el fin que persiguen las mismas, el cual no es más que garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, lo cual no signifique una privación de derechos anticipada a la sentencia definitiva. En este punto como se verá a la hora de analizar las medidas cautelares a la luz del Código Procesal Civil y Mercantil lo que existe es que se difiere tal derecho de audiencia a la interposición del recurso de apelación. A su vez tal situación no trata sobre el derecho de audiencia que consagrada en el artículo 11 de la Constitución de la República¹⁰⁰. En esto lo que realiza el juez es fundar su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el peticionario. Por ello, y para preservar la igualdad de los litigantes, se exige que éste dé una “contracautela o caución” para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pudiese causar a su contrario por haber obtenido la medida abusando o excediéndose en el derecho que otorga la ley.

Como es sabido los fallos jurisdiccionales en muchos casos tienden a ser faltos de celeridad procesal, lo cual conlleva a aplicar medios con un desarrollo breve en el cual aparecen las medidas cautelares, que tienden a garantizar la efectividad del proceso principal. El artículo 14 y 172¹⁰¹ deja de

¹⁰⁰ LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva, ref. 140-29c1-2005. Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección Centro. San Salvador 2005. Talleres Gráficos. p. 20.

¹⁰¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. artículo 14 Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la

manifiesto que: el Órgano Judicial es el único facultado de imponer penas, y la organización del mismo. También se observa lo que en jurisprudencia se llama principio de exclusividad que se ve materializado al administrar justicia en todo tipo de materias, lo cual va relacionado derecho de acción y petición.¹⁰² Esto conlleva a determinar que el único ente facultado en dictar medidas cautelares lo son los jueces, los cuales disponen de una plenitud de poderes jurisdiccionales para emitir, toda clase de órdenes o mandatos a fin de asegurar la realización de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad.

Es así que toda acción tiene una causa de pedir, la cual es el fundamento inmediato del derecho que se reclama o se alega. Siendo que es el ¿por qué se pide? Llegando su concretización en el fallo en el cual los tribunales consideran la acción, objeto y causa. En este sentido la efectividad de la tutela judicial, que es un principio constitucional de primer rango, cuya dimensión es superior, y obliga prácticamente a todos los aplicadores de justicia, a que no puede limitarse por formalidades o prescripciones legales que tiendan a restringir o suprimir la garantía constitucional.

comunidad. Y Art. 172 inciso primero, La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.

¹⁰²ÍDEM. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. Artículo 18. Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto.

HENAO HIDRÓN, J. *Derecho Procesal Constitucional; Protección de los Derechos Constitucionales*. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia. 2003. p. 3. Al hacer referencia a que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquiera”.

El Artículo 15 de la constitución¹⁰³ hace mención al Principio de Legalidad, que se relaciona al principio de unidad del ordenamiento jurídico como a la figura del Juez natural¹⁰⁴, lo cual va relacionado a la actuación del mismo con un fundamento legal y preponderante en la Constitución, como que la causa en conocimiento sea resuelta por el juez competente que la legislación misma dicta. La adopción de una medida cautelar en un proceso tiende a mantener y resguardar la materia de un bien mismo, mientras se dicta la resolución definitiva, pues con ella se intenta evitar la realización de actos o eventos que impidan o dificulten la satisfacción de la petición o pretensión deducida, mediante una incidencia provisional en la esfera del denunciado o en los bienes en conflicto, la cual debe ser adecuada y suficiente para producir el efecto deseado, lo que no implica perse una infracción al orden constitucional.

La jurisprudencia ha sostenido que no constituyen actos de privación de derechos ni implican una declaración en cuanto a la pretensión y resistencia planteadas en el proceso, pues están destinadas a asegurar la eficacia de una posterior decisión -la sentencia definitiva-; tampoco otorgan o reconocen derechos en contra o a favor de algún sujeto¹⁰⁵. Tanto así que como tal las medidas cautelares son susceptible de alteración, son variables y aún revocables de acuerdo al principio rebus sic stantibus; esto es, por alterarse el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida

¹⁰³ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 15 de Diciembre de 1983. Diario Oficial: 234. Tomo: 281. Publicación en el Diario Oficial: 16/12/1983. Artículo 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

¹⁰⁴ HENAO HIDRÓN, J. *Derecho Procesal Constitucional; Protección de los Derechos Constitucionales*. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia. 2003. p. 30. la competencia corresponde, a prevención, a los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

¹⁰⁵ LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. Sala de lo Constitucional. Líneas en Materia Constitucional 2005. Amparo, referencia 282-2004 de las 10:24 del día 22/2/2005. Talleres Gráficos. pp. 57-58.

se adoptó (aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo o disminución del fumus bonis iuris). En conclusión el fundamento de las medidas cautelares se obtiene interpretando de una manera extensiva a la Constitución, y en su sentido teleológico; lo cual da como resultado la conservación de la justicia, seguridad jurídica y el bien común que el artículo 1 de la Carta Magna reconoce en la persona misma como el fin del Estado.

En definitiva el aporte constitucional lo que busca es que las decisiones de los jueces deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que con ello se estará dando el sentido a la resolución de las controversias haciéndolas ejecutadas materialmente; que todas las personas deben tener un acceso efectivo e igual a la justicia no necesariamente formal, con lo cual el ordenamiento jurídico establece mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales favorables; y que el derecho de acceso a la justicia contribuye a un equilibrio procesal en el sentido de que quien acude a la justicia mantenga en el desarrollo del proceso un estado de cosas semejantes al que existía cuando acudió a la justicia.

2.2.-Tratados Internacionales.

Siguiendo con el estudio de las medidas cautelares, nos proponemos en este apartado, tratar de analizar los tratados internacionales que tengan relación directa o indirecta con la institución cautelar del Código Procesal Civil y Mercantil, no sin antes advertir que en un primer momento nos preocupará esclarecer ¿qué es el “Derecho internacional Privado y el derecho internacional público”?, luego que se debe entender por tratados internacionales; para poner de manifiesto ¿cuáles son los tratados de los que forma parte El Salvador, si es que existen algunos de relevancia? y que puedan tener importancia en la implementación, adopción o ejecución de las

medidas cautelares; sobre todo por lo poco que se ha escrito en este punto, en la doctrina procesal civil y mercantil salvadoreña.

2.2.1.- Derecho Internacional Privado y derecho internacional público.

Con el fenómeno de la Globalización, es claro que los Países y Estados de todo el mundo mantienen una comunicación inmediata, la tecnología en gran medida ha facilitado ese beneficio, los negocios, el tráfico de bienes¹⁰⁶, compraventas internacionales, extranjeros con negocios en países ajenos es algo que pasa día a día, no solo en nuestro país El Salvador, sino que en todos los países que conforman el planeta, unos más que otros claro está; entonces, no es mera casualidad, ni un simple antojo que haya un interés muy especial por el Derecho internacional ya sea público o el privado.

Este interés que apuntalábamos no escapa en el Código Procesal Civil y Mercantil que ha entrado en vigencia recientemente, pues contempla en sus artículos disposiciones que tienen un lazo muy estrecho con el derecho internacional, ejemplo claro de ello es que el capítulo segundo del título cuarto del libro primero del CPCM, denominado “Cooperación Jurídica Internacional”, contiene normas o reglas que están estrechamente vinculadas con el derecho internacional en donde a grandes rasgos se establecen trámites que El Salvador requiera realizar en otro Estado y trámites que otros Estados necesiten realizar dentro del nuestro. También

¹⁰⁶BOGIANO, A. *Curso de Derecho Internacional Privado. derecho de las relaciones privadas internacionales segunda edición ampliada y actualizada*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 2002, p. X, de la presentación de la obra. Es probable que los negocios del comercio internacional se deslocalicen cada vez más. Pero aun así será menester la previsión de métodos de solución de controversias, aun las arbitrales-jurisdiccionales, pues no existe arbitraje puro. El arbitraje está siempre conectado a una o más jurisdicciones estatales. De modo que el pluralismo metodológico del derecho internacional privado subsistirá, en esencia, aun cuando predomine el sustancialismo con ciertas restricciones de normas de policía estatales. Muchas veces será necesario recurrir al derecho de un Estado para encontrar la norma aplicable al caso. Y esto se hará mediante normas de conflicto.

llama la atención las disposiciones sobre medidas cautelares que contempla el artículo 154, 155, 156, del CPCM, sobre todo porque es el tema que nos interesa conforme a los lineamientos de esta investigación que estamos realizando; así como también el artículo 435 del CPCM que hace también referencia a las medidas cautelares sobre un proceso de carácter internacional. Sin embargo este análisis lo postergaremos para el momento en que hablemos de los tratados internacionales y su relación con las medidas cautelares del CPCM.

Es necesaria una noción de Derecho Público, y Derecho internacional privado. Tal como toda comunidad estatal tiene su sistema jurídico –derecho nacional o interno-, la comunidad internacional o sociedad de Estados tiene su propio derecho: el derecho internacional público o, simplemente, derecho internacional. El derecho internacional, es pues, el orden jurídico de la sociedad o comunidad de Estados. Los principales destinatarios o “sujetos” de las normas del derecho internacional son los Estados; el Derecho internacional es básicamente un derecho entre Estados. Existen, sin embargo, otros “sujetos” de derecho internacional, como la Santa Sede, y las Naciones Unidas, que también son destinatarios de Normas jurídicas internacionales.¹⁰⁷

Por su parte Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse¹⁰⁸, al tratar de dar el concepto de derecho internacional público lo divide en definiciones materiales y formales diciéndonos: “A lo largo del tiempo se han propuesto diversas definiciones para describir al derecho internacional. De entre estas es posible distinguir definiciones materiales y definiciones formales. Las

¹⁰⁷ BENEDAVA, S. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1989. Cap. I. p. 1.

¹⁰⁸ GUTIÉRREZ POSSE, M. V. *Derecho internacional Público*. Tomo I. Editor Zavalia. Argentina. 1990. pp. 13-14

definiciones materiales describen al derecho internacional de acuerdo al contenido histórico circunstancial de las normas pertenecientes al orden jurídico universal. En sus comienzos, el derecho internacional público fue definido como el derecho que regulaba las relaciones de los Estados tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. En la actualidad, ejemplos de definiciones materiales los encontramos dentro de la escuela jurídica soviética.¹⁰⁹

Las *definiciones formales* describen al derecho internacional en relación al Proceso de creación de las normas o bien de acuerdo a los sujetos a quienes esas normas van dirigidas.¹¹⁰ La que ha gozado de mayor aceptación por parte de la doctrina clásica es la que tradicionalmente ha definido al derecho internacional como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados.¹¹¹ Frente a las evoluciones

¹⁰⁹ ÍDEM. Ob. Cit. pp. 13-14 Para Kozheunikov (1951), el derecho internacional es la suma de los cambios históricos que afectan a las reglas de conducta reguladoras de las relaciones económicas y políticas, específicas de la lucha y cooperación de los Estados en tiempo de guerra y en tiempo de paz. Para Tunkin (1961), sólo existe un sistema de derecho internacional obligatorio, tanto para Estados capitalistas como para Estados socialistas: "Derecho internacional es el conjunto de normas que se desarrollaron sobre la base del acuerdo entre Estados y que gobiernan sus relaciones en el proceso de luchas y cooperación entre ellos, y que expresando la voluntad de las clases dirigentes, son impuestas en caso de necesidad, por la presión (coacción)- aplicada por los Estados en forma colectiva o individual"; Grzybowski, Kazimierz *Soviet Public International Law*, Leyden, 1970.

¹¹⁰ GUTIÉRREZ POSSE, M. V. *Derecho internacional Público*. Tomo I. Editor Zavalia. Argentina. 1990. pp. 13-14. Hans Kelsen distingue al derecho internacional de acuerdo al proceso de creación de la norma jurídica internacional independientemente de los sujetos a que éste hace referencia. Por su parte, A. Verdross y G. Sceile relacionan el concepto de derecho internacional con la idea del ordenamiento de la comunidad internacional. Miaja de la Muela sostiene que derecho internacional es el ordenamiento jurídico propio de la comunidad internacional, que comprende un conjunto de normas emanadas de fuentes específicamente internacionales. Oppenheim y Lauterpacht llaman derecho internacional al conjunto de reglas consuetudinarias o convenidas en tratados, consideradas con fuerza jurídica y obligatoria para todos los Estados en sus relaciones mutuas.

¹¹¹ Ídem Conf. Carlos Calvo; en este sentido, Alí Ross dice que derecho internacional es el conjunto de normas que regulan las relaciones de todas las comunidades jurídicas soberanas, entre sí. Para Brierly. el derecho internacional es un conjunto de reglas y

contemporáneas del contenido del ordenamiento jurídico internacional preferimos, a los efectos del presente trabajo, definir al derecho internacional como el “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional”. Esta ampliación de la definición formal tradicional en nada afecta la calidad primordial de los Estados como actores principales en las relaciones internacionales. Ella ha sido adoptada por la mayoría de los publicistas contemporáneos”.

Con los aportes de estos dos tratadistas quedan claro dos puntos muy importantes. En primer lugar que el principal y tradicional ente destinatario de la norma jurídica internacional es el Estado, pero también se admite según las tendencias actuales la existencia de otros sujetos del derecho internacional ya no solo el Estado; y segundo que siempre es un conjunto de normas que va exigir una determinada conducta de alguno de los sujetos que forme parte de un determinado tratado, homogeneizar un proceso jurídico interno por ejemplo, homogeneizar las medidas cautelares entre dos Estados sería otro. Por eso es que también debemos de tener en cuenta que existe un nexo muy fuerte entre el Derecho internacional público y el derecho interno.¹¹²

Tiene importancia resaltar que existen declaraciones, convenciones y protocolos que forman parte del Derecho Público Internacional, que regulan DD. HH., reconocidos internacionalmente. Estos instrumentos vigentes y de

principios de conducta que obligan a los Estados civilizados en sus relaciones mutuas (idem, Hackworth).

¹¹² KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. Primera edición en español. 1979. Dirección general de publicaciones impreso y hecho en México. p. 334. Dos complejos normativos de tipo dinámico, como el orden jurídico internacional, y un orden jurídico estatal, pueden configurar y formar un orden unitario en tanto se pone un orden como subordinado al otro, en cuanto uno de ellos contiene una norma, que determina la producción de las normas del otro, encontrando este en aquel un fundamento de validez. La norma fundante básica constituye así el fundamento de validez del inferior (...).

estricto cumplimiento por el Estado salvadoreño forman parte del D.I.P. Ejemplo de ello son la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ponemos de manifiesto precisamente porque estos despliegan protección al derecho que protegen el Proceso Jurídico y las medidas cautelares, esta es “la propiedad privada”.

La propiedad privada como derecho fundamental, regulado y protegido con estos tratados (Art.17 de la Declaración Universal, Art. 21 del Pacto de San José), obliga al Estado a resguardar tales derechos a través de la normativa interna, por tal motivo es que concluimos que el proceso jurídico civil y mercantil y las medidas cautelares que existen por motivo de este, están influenciados por la normativa internacional pues obligan al Estado a tomar las directrices pertinentes para su protección.

Hasta aquí se ha hecho referencia al derecho internacional público, pero que hay del derecho internacional privado, ¿qué debemos entender como tal? que ha sido designado de muchas formas.¹¹³ En esencia hay un problema de terminología cuando hacemos referencia al “derecho internacional privado” sobre todo porque nos da la idea de que se tratara de un derecho que se aplica fuera de las fronteras del territorio nacional, cuando en realidad es lo contrario. “la denominación de derecho internacional privado para designar estas reglas es defectuosa.

¹¹³ MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R. *Introducción Al Derecho*. Duodécima edición actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.1962. Pág.483. Distintas expresiones se han empleado para designar a esta rama del derecho: ciencia de los conflictos de leyes, derecho privado del extranjero, derecho privado humano (Zeballos), teoría de los conflictos de las leyes privadas (Despagnet), derecho internacional privado, etcétera.

En efecto, las normas del derecho internacional privado son normas internas, no internacionales; ellas forman parte de las respectivas legislaciones nacionales. No existe en verdad, un derecho internacional privado propiamente tal; hay un derecho internacional chileno, otro francés, otro italiano...etc.”¹¹⁴ por ello es que Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse¹¹⁵ al tratar el estudio del derecho internacional nos dice la ciencia jurídica denominado Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas que regulan las interrelaciones entre sujetos del derecho privado, en las que existen uno o varios elementos extraños al derecho interno de un Estado.

¹¹⁴ BENEDAVA, S. *Derecho Internacional Público*. Ob cit. p.6. Lo que afirma este tratadista está acorde a los parámetros constitucionales salvadoreños, el Art. 144.- nos dice “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos internacionales, constituyen leyes de la república al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado. (Constitución de la Republica de El Salvador D.O.16 de diciembre de 1983). Lo establecido en lo que afirmamos anteriormente esta acorde según la concepción de Hans Kelsen y su memorable pirámide, según la cual los tratados de carácter internacional están por encima de leyes secundarias nacionales o estatales, nos lo dice de esta forma “si se parte de la validez del derecho internacional, la cuestión que se plantea , es como puede fundarse, partiendo de ese punto, la validez del orden jurídico estatal; tendría que encontrarse el fundamento de validez en el orden jurídico internacional. Ello es posible, porque como ya se indico en otro contexto, el principio de efectividad que es una norma del derecho positivo internacional, determina tanto el fundamento de validez como los dominios de validez territorial, personal y temporal de los ordenes jurídicos estatales. Particulares pudiéndose concebirse a estos como órdenes jurídicos parciales delegados por el derecho internacional, y, por ende subordinados a este, y comprendidos por el en cuanto orden jurídico mundial universal, ordenes parciales cuya coexistencia en el espacio, su sucesión en el tiempo, justamente es jurídicamente posible a través del derecho internacional. Ello significa la primacía del orden jurídico internacional. La misma es compatible con el hecho de que la constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el derecho internacional general debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal. HANS Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Ob Cit. p. 338

¹¹⁵ GUTIÉRREZ POSSE, M. V. Ob Cit. p.18. El elemento extraño a la que el autor hace referencia puede ser, la nacionalidad de una de las partes en el proceso, la validez jurídica de un contrato celebrado en el extranjero con efectos jurídicos nacionales la localización de un inmueble etc.

El Derecho Internacional Privado es el derecho de la extraterritorialidad del derecho privado extranjero. El objeto del Derecho Internacional Privado como ciencia es, entonces, el estudio de las relaciones entre sujetos del derecho privado en las que a través de un elemento extraño al derecho interno del Estado, se ponen en contacto dos o más ordenamientos jurídicos. Conforme a lo escrito en este punto el derecho internacional privado en ningún momento le está dando la respuesta de fondo al juez ante el caso planteado, lo que si hace es decirle cual es el derecho aplicable, "el nacional o el extranjero", el del lugar en donde está situado el inmueble o el del domicilio de las partes, o si debe conocer de él o declararse incompetente, etc. Es el que determina, entre varias normas discordantes que pertenezcan a diversos Estados, cuál es la aplicable a una relación jurídica "internacional".¹¹⁶

2.2.2- Concepto y clasificación de los tratados internacionales.

Los tratados internacionales, son el instrumento de mayor importancia a nivel del Derecho internacional público y Privado, ya que este constituye la codificación de los derechos y deberes entre los Estados celebradores del tratado. "un tratado es un acuerdo internacional celebrado generalmente

¹¹⁶ TORRE A. *Introducción al Derecho*. Decimocuarta Edición Ampliada y Actualizada. 14^a edic. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. p. 923. el autor en este mismo apartado nos habla de la relación jurídica internacional diciéndonos "*que una relación jurídica "internacional" que pone en conflicto a normas de distintos países*". Para que se produzca un caso de Derecho Internacional Privado, debe haber previamente una "relación jurídica internacional", que ponga en conflicto normas de dos o más Estados. Al respecto cabe aclarar que en la expresión antedicha, el vocablo "internacional" está usado no en el sentido de que la relación deba ser *entre Estados* (como por lo común sucede en el Derecho Internacional Público), sino dando a entender, *que la relación jurídica se ha extendido a otro país, porque uno o varios de sus elementos son extranjeros o están en el extranjero*.

entre Estados, regidos por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos”.¹¹⁷

“El tratado internacional es un acuerdo entre sujetos del Derecho *Inter gentes* destinado a producir determinados efectos jurídicos. El *treaty-making power*, como le llaman los anglosajones, implica la intervención formal del órgano que se halla investido de competencia para concluir convenios. Negociación, firma y ratificación culminan en la unidad del instrumento jurídico. Los norteamericanos suelen distinguir entre *agreements* (acuerdos en forma simplificada que no requieren ratificación) y *treaties* (tratados-contrato y tratados normativos que pueden ser bilaterales o Plurilaterales). En todo caso, el tratado internacional es un "acto solemne" o auténtico que consta en un documento escrito, signado por órganos competentes para negociar, con plenos poderes para concluir el tratado.”¹¹⁸

En cuanto a la clasificación de los tratados internacionales estas son muy variadas dependerá de la postura y concepción que tenga al tratadista, para fines pedagógicos utilizaremos la clasificación dada por Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse¹¹⁹, no sin antes advertir que la importancia de la clasificación casi siempre está ligada a los efectos que este pueda tener y los sujetos de derecho internacional que puedan sufrir esos efectos. Este autor distingue la siguiente clasificación:

¹¹⁷ BENEDAVA, S. *Derecho Internacional Público*. Ob cit. p. 39. Se habla que generalmente es un acuerdo entre Estados como una regla general, pero como toda regla de tal carácter, siempre tiene sus excepciones y esto lo conforma los tratados que se celebran con otros organismos que no necesariamente son sujetos tradicionales del Derecho internacional, tales como la Santa Cede entre otros.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DEL VALLE, A. B. *Filosofía del derecho Internacional*. Iusfilosofía y Politosofía De La Sociedad Mundial. Segunda edición, México 1989. p. 125. la concepción del autor esta acorde según nuestra legislación vigente constitucionalmente hablando, en el sentido que existen funcionarios y organismos facultados para la celebración y ratificación de los tratados.

¹¹⁹ GUTIÉRREZ POSSE, M. V. Ob Cit. Pp. 98-101.

2.2.2.1.- En cuanto al número de sujetos parte en un tratado: Los tratados pueden clasificarse en bilaterales y multilaterales. Los tratados bilaterales son acuerdos internacionales celebrados entre dos sujetos del derecho internacional. Los tratados multilaterales son acuerdos internacionales celebrados entre varios sujetos del derecho internacional. Los tratados multilaterales en cuya celebración participa un gran número o la generalidad de los Estados de la comunidad internacional se conocen con el nombre de tratados colectivos; reservándose la denominación de tratados regionales para aquéllos celebrados por un número limitado de Estados con identidad de intereses sobre una región geográfica determinada.

2.2.2.2.- En cuanto a las posibilidades de acceder al tratado: Los tratados, según permitan o no la incorporación de Estados que no han participado en la negociación, pueden ser clasificados doctrinariamente en tratados *abiertos* o *cerrados*. Estos últimos, limitados en principio a los Estados negociadores, no contienen cláusulas que permitan la incorporación de terceros Estados. Ello no obsta a que los Estados parte —una vez entrado en vigor el tratado— por un acuerdo específico, ofrezcan o negocien con terceros Estados su incorporación. Los tratados abiertos, en cambio, posibilitan la adhesión de Estados que no han participado en las negociaciones, sin que para ello sea necesario que medie una invitación expresa de los Estados parte. En los tratados se suelen insertar distintos tipos de cláusulas referidas a la posibilidad de adhesión. En algunos, tal facultad es ilimitada; es decir, el tratado está abierto a todos los Estados indistintamente. En otros, las posibilidades de acceder se hallan reservadas exclusivamente a ciertos Estados designados expresamente, o bien tal facultad es acordada sólo a aquellos Estados que satisfagan criterios determinados previstos en el tratado.

No hay necesariamente correspondencia entre los tratados bilaterales y multilaterales por un lado, con los tratados cerrados y abiertos, por el otro. Una convención bilateral puede ceñirse exclusivamente a los Estados negociadores o bien admitir la adhesión de terceros Estados y lo mismo ocurre con los acuerdos multilaterales.

2.2.2.3.- En cuanto a las formas de celebración del tratado: La doctrina distingue entre tratados propiamente dichos o en buena y debida forma y acuerdos en forma simplificada. Los tratados en buena y debida forma son aquellos acuerdos internacionales concluidos a través de un proceso complejo de negociación, adopción del texto, firma y ratificación. Se formulan y evidencian por medio de un instrumento único. Los acuerdos en forma simplificada —agreements, notas reversales— son acuerdos internacionales, cuyo proceso de conclusión incluye solamente una etapa de negociación y la firma, materializándose, comúnmente, en varios instrumentos separados. Esta clasificación no produce efecto internacional alguno ya que no hay distinción jerárquica entre ambas categorías de tratados ni, en principio, diferencia de contenido. Los acuerdos en forma simplificada son frecuentes en dominios de carácter técnico o administrativo, por ejemplo, reglamentos aduaneros, aéreos o postales, pero pueden regular también cuestiones políticas de importancia. Los acuerdos militares —convenciones de armisticio— son también de su dominio. Por lo demás, los distintos procesos o formas mediante los cuales los Estados se van a obligar por un tratado son materia reservada a sus respectivos ordenamientos internos. Un mismo acuerdo internacional puede, así, ser para una de las partes un tratado propiamente dicho y para la otra un acuerdo en forma simplificada.

2.2.2.4.- En cuanto al contenido u objeto del tratado: Desde principios de este siglo la doctrina clasificó a los acuerdos internacionales en tratados

de naturaleza normativa y tratados de naturaleza contractual. Los tratados de naturaleza contractual o tratados-contrato tienen por objeto regular la realización de un negocio jurídico concreto, estableciendo obligaciones específicas para los Estados parte.

Los tratados de naturaleza normativa o tratados-ley, establecen normas generales que reglamentan las conductas futuras de las partes. El contenido de las voluntades vinculadas mediante un tratado-ley sería común e idéntico el resultado y en él desaparecería toda idea de efecto conmutativo. No se refieren a un caso particular o a un negocio jurídico preciso, sino que regulan abstractamente un número de casos o situaciones *a priori* indeterminadas. Esta clasificación en cuanto al contenido u objeto de los tratados fue asimilada, por parte de la doctrina moderna, a la clasificación de los tratados en multilaterales y bilaterales. Pero no todo tratado multilateral es un tratado normativo, ni todo tratado bilateral es un tratado contrato. La confusión provocada en esta materia proviene de la actitud de aquéllos que no aceptan a los tratados como proceso formal de creación de normas jurídicas, independientemente de su contenido. La distinción entre tratados-contrato y tratados-ley nada agrega a la naturaleza jurídica común de todos los tratados. Los tratados normativos que regulan conductas de futuro no necesariamente tendrán aplicación general o universal, ni tampoco todo tratado bilateral será un tratado que establezca derechos y obligaciones concretas sólo para las partes. A la vez, un mismo tratado multilateral puede contener normas de naturaleza constitucional, contractuales y normativas. Un tratado bilateral puede establecer para las partes reglas de carácter normativo.

Las clasificaciones precedentes distan de agotar la enumeración de las clasificaciones posibles. Así, podríamos referirnos también a los tratados

multilaterales restringidos, a los constitutivos de organismos internacionales, a los adoptados con los auspicios de estos organismos o en su seno. Todas ellas revisten interés doctrinario en cuanto facilitan la comprensión de las distintas formas y contenidos que pueden asumir los tratados, cuya diversidad escapa a todo intento de sistematización unitaria. Esta fuente ha sido tradicionalmente materia regulada por normas consuetudinarias, las que han sido descritas por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia. Son, de tal modo, normas de costumbre las que reglan las diversas etapas que conducen a la celebración y conclusión de los tratados, el régimen de las reservas, la interpretación, observancia y aplicación de las convenciones y las causales de su nulidad y terminación. En razón de que estas normas consuetudinarias -en lo que se refiere a los tratados celebrados por escrito y entre Estados- han sido codificadas por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, por conveniencia metodológica han de ser estudiados a través de las disposiciones contenidas en esta Convención; pues, aunque ella no se halla aún vigente, son -en lo sustancial- expresión de normas positivas.

2.2.3.- Relación del Código Internacional de Derecho Privado con el Código Procesal Civil Y Mercantil.

Como se afirmaba El Salvador, mantiene relaciones muy estrechas con otros Estados, el derecho interno o nacional por ejemplo encuentra muchos nexos con el derecho extranjero de otros Estados. En materia de Medidas cautelares que es el estudio que se está llevando a cabo no es la excepción, pues tal y como se afirmaba anteriormente corresponde analizar en este apartado los artículos 154 al 158, así como el artículo 435 del CPCM, que hacen referencia a la adopción de medidas cautelares que dependen de un proceso jurídico de carácter extranjero. El Art.154 CPCM, trata sobre

medidas cautelares que pidan otros Estados a El Salvador, claro está bajo el cumplimiento de requisitos de procesabilidad de la medida cautelar, en esa lógica el Estado peticionante de la medida cautelar deberá acreditar la existencia del proceso al cual depende la existencia de la medida cautelar o el proceso que está futuro a iniciarse. No bastando con la simple petición; pero además la clase de medida cautelar no deberá ser contraria a la legislación nacional o prohibida por esta.¹²⁰ O sea contraria al Orden Público.

Así también queda claro que al tribunal nacional que le competa ejecutarla, solo se limitará a su ejecución y a la cuantía de la caución, eso afirma que el análisis de los presupuestos de la medida cautelar solicitada no son competencia del tribunal nacional, sino que quedan a cargo del tribunal extranjero solicitante de la medida cautelar. Nos referimos al juzgamiento del *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*.

El artículo 155 del CPCM, habla sobre las tercerías y oposiciones y lo que más resalta en esta disposición son dos cosas: en el caso de que exista un tercer opositor, este debe de recurrir al tribunal nacional para que este haga del conocimiento al tribunal extranjero la oposición planteada, el opositor en este caso toma el proceso en las etapas en la que este se encuentre, siempre y cuando no se trate sobre una oposición con fundamento jurídico en un “derecho real” porque si ese es el caso la cuestión cambia y dicha oposición es del conocimiento ya del tribunal nacional y deberá deducirse ante este.

¹²⁰ Un claro ejemplo hipotético, se encontraría en una petición de medida cautelar personal, pidiendo la prisión, para que una persona pague la deuda. Pues tal y como lo concibe el artículo 27 de nuestra constitución en su inciso segundo “la prisión por deudas esta estrictamente prohibida”

En cuanto a los efectos jurídicos que pueda tener la medida cautelar una vez ejecutada, el artículo 156, establece que dicha ejecución no es suficiente y no obliga a reconocer la sentencia extranjera. Lo cual lleva a pensar que si bien la medida cautelar pueda tener lugar, la sentencia podría ser que no, o en sentido contrario, podría ser que la medida cautelar no se pueda llevar a cabo y sí el reconocimiento de la sentencia y su ejecución. También puede darse el caso que el que pretenda iniciar un proceso en el extranjero sea un sujeto jurídico con intereses dentro del territorio nacional, en esos casos de igual manera puede solicitar a los tribunales nacionales la adopción y ejecución de la medida cautelar, para un proceso que está futuro a iniciarse pero en territorio extranjero (Art.158 CPCM). En este caso la valoración de los presupuestos si corren a cargo del juez nacional; el plazo para promover dicho proceso por medio de la demanda lo determina el artículo 434 CPCM estableciendo un plazo de un mes conforme a su interpretación literal. Este punto reafirmado también por el artículo 436 CPCM, conforme a lo expuesto y la acreditación del interés para solicitar la medida cautelar. En cuanto a los tratados con vigencia y que tienen relación con la institución cautelar tenemos en primer lugar:

El código de Derecho internacional privado, conocido como “Código de Bustamante.” Este instrumento internacional, es un tratado celebrado entre los países de: Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y de Cuba.

El salvador suscribió este tratado, desde la fecha 20 de febrero de 1928, y ratificada el 30 de marzo de 1931. En su contenido regula varias instituciones, que son útiles en la solución de conflictos privados entre

Estados. Regula la propiedad privada, la situación de los extranjeros, disposiciones acerca de los comerciantes y el acto de comercio entre otras instituciones. En cuanto a medidas cautelares no ha dicho nada el código, pero vía interpretación es posible que tenga una relación muy clara con el CPCM. Esto de la manera siguiente el artículo 449 del código procesal civil y mercantil nos dice que el juez competente para decretarla o para adoptar una medida cautelar en un proceso nacional es el juez que este conociendo del proceso principal, en el caso de reconocimiento de una sentencia de un proceso arbitral lo será el de primera instancia del lugar en donde deba surtir efecto la sentencia, y por ultimo en el caso de procesos de carácter extranjero el juez de primera instancia en donde surtan efectos las medidas cautelares. Para determinar en este último donde debe surtir efectos la medida cautelar tenemos que auxiliarnos de las disposiciones del código internacional de derecho privado, a manera de ejemplo estos cuatro artículos:

Art. 324.- Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles, será competente el Juez de la situación, y si no fuere conocida del demandante, el del domicilio, y en su defecto el de la residencia del demandado.

Art. 325.- Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles y para el de las acciones mixtas de deslinde y división de la comunidad, será Juez competente el de la situación de los bienes.

Art. 326.- Si en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores hubieren bienes situados en más de un Estado contratante, podrá acudir a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación.

Art. 327.- En los juicios testamentarios o abintestato será Juez competente el del lugar en que tuvo el finado su último domicilio. “El juez en el caso concreto está obligado a invocar estas disposiciones para determinar si una medida cautelar debe surtir efectos en su ámbito de competencia territorial o material, ya sea invocando el lugar en donde se encuentre el bien, el último domicilio del testador que son ejemplos concretos por mencionar algunos.

Desde esta lógica es que cabe un nexo de unión, vía interpretación con el Código Internacional de Derecho Privado, el cual está en la misma sintonía con el derecho interno, generalmente al momento de determinar la competencia. Claro, esta competencia vale solo para los Estados que forman parte de este tratado. Lo último que hay que observar es que en materia de medidas cautelares a nivel de tratados internacionales deja mucho que desear pues no hay un instrumento de carácter internacional que regule expresamente las medidas cautelares, algo que llama mucha la atención pues es necesaria la unificación en esta materia.

Existe solamente un tratado internacional que hace referencia al cumplimiento sobre medidas cautelares,¹²¹ pero el cual solo se encuentra suscrito por El Salvador, y que data de fecha ocho de noviembre de 1980, por tanto no constituye ley de la República conforme al los artículos 144 a 149 de Constitución pues necesitan la ratificación interna por la Asamblea Legislativa y luego seguir el proceso externo que el mismo tratado establece para entrar en vigencia. Sin embargo este instrumento si entra en vigencia en un tiempo futuro será de mucha utilidad para la administración de justicia.

¹²¹ Nos referimos a la Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, de la que forman parte y constituye ley de Estados como Uruguay, Perú, Paraguay, Argentina e inclusive Guatemala. Cuyo ámbito de aplicación comprende tanto procesos civiles, mercantiles, penales y laborales conforme el artículo 1.

Este tratado denominado Convención Interamericana Sobre cumplimiento de Medidas Cautelares posee instituciones muy afines, con la institución cautelar, establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Este convenio regula aspectos muy importantes sobre la implementación, adopción y ejecución de medidas cautelares. El romano tres¹²² regula cuestiones a cerca de la competencia en materia de medidas cautelares y la oposición de terceros; en donde se distingue tres cuestiones principales: primero los requisitos de procesabilidad o procedencia de la medida cautelar es del conocimiento de quien pide la medida cautelar y este conociendo del proceso principal; segundo, la ejecución es competencia del juez solicitado para implementar la medida, así como también la contracautela, modificación y las sanciones ; tercero, existe conforme lo establecido en este tratado la posibilidad de terceros opositores de las medidas cautelares, estos deberán deducir sus pretensiones ante el juez que este ejecutando la medida cautelar, especialmente cuando la medida cautelar haya de recaer sobre derechos reales o patrimoniales. Tal y como puede verse esto coincide con lo establecido por nuestra legislación interna, los artículos 154 al 158 del CPCM, regulan casi lo mismo, por tanto sería muy importante la ratificación de este convenio, sobre todo ahora que se está renovando la administración de justicia civil y mercantil.

¹²² Que comprende del artículo 3 al 12.

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.

Sumario: 3.1.- Principios de las Medidas Cautelares: 3.1.1. Universalidad de la Aplicación. 3.1.2. Principio Dispositivo y Responsabilidad. 3.1.3. Proporcionalidad. 3.1.4. Igualdad. 3.1.5. Defensa y Contradicción. 3.1.6. Celeridad; 3.2. Legitimación Procesal. 3.3. Características: 3.3.1. Instrumentalidad; 3.3.2. Provisionalidad; 3.3.3. Temporalidad; 3.3.4. Variabilidad; 3.3.5. Sumariedad; 3.3.6. Judicialidad; 3.3.7. Necesariedad. 3.4. Oportunidad para solicitar las medidas cautelares. 3.5. Competencia. 3.6. Presupuestos: 3.6.1.- Peligro de lesión o frustración del derecho; 3.6.2.- Probabilidad o apariencia de buen derecho; 3.6.3.- Caucción. 3.7. Trámite o Procedimiento Cautelar: 3.7.1. Solicitud; 3.7.2. Ofrecimiento de prueba; 3.7.3.- Resolución; 3.7.4.- Ejecución de las medidas; 3.7.5. Modificación; 3.7.6.- levantamiento. 3.8. Clases de Medidas Cautelares: 3.8.1.- Embargo Preventivo de Bienes; 3.8.1.1- Inhibición general de disponer; 3.8.3.- El secuestro de cosa mueble; 3.9.4.- La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga; 3.8.5.-Anotación preventiva de la Demanda; 3.8.6.- Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad, o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una Prestación; 3.8.7.-Intervención y depósito de ingresos que provenga de actividad ilícita; 3.8.8.-Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que infrinjan propiedad Intelectual e industrial o depósito de las cantidades como pago.

De acuerdo a la complejidad de los casos en un proceso, el reconocimiento judicial de un derecho y su posterior ejecución conllevan a un tiempo prolongado, por lo cual este factor es de vital importancia para el proceso mismo, puesto que pueden aparecer innumerables circunstancias que hagan imposible su ejecución o bien dilaten los efectos de la misma. Es por eso que el legislador ha establecido en el Código Procesal Civil y

Mercantil¹²³ (CPCM o Código) en el Título Cuarto del Libro Segundo, dos Capítulos destinados a las Medidas Cautelares comprendidos en los artículos 431 a 456. Esto es una respuesta a esa inseguridad que puede acarrear el proceso, garantizando así una seguridad a la pretensión por medio de la solicitud de las medidas cautelares, las cuales son diversas y responden a un objetivo el cual es asegurar la eficacia del proceso principal. Esa eficacia que se garantiza con las medidas cautelares es la tutela cautelar efectiva.

3.1.- Principios de las medidas cautelares.

3.1.1.-Universalidad de la aplicación: Esta universalidad implica que las medidas cautelares pueden ser solicitadas por el acreedor o demandante en cualquier proceso ya sea este de naturaleza civil o mercantil. Los tipos de proceso al cual se pueden aplicar las medidas cautelares son: proceso declarativo que puede ser el proceso común o bien el proceso abreviado; proceso especial que está compuesto por el proceso ejecutivo, el proceso posesorio, proceso de inquilinato y proceso monitorio; las medidas cautelares tienen aplicación también para procesos arbitrales como extranjeros.

El CPCM¹²⁴ en su artículo 431 determina que lo anterior merece una mención especial, los procesos arbitrales en el cual para que proceda la solicitud de medidas cautelares debe de haberse iniciado en El Salvador el proceso, para eso hay que remitirse a la Ley de Mediación, Conciliación y

¹²³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹²⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Artículo 431 En cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria. Y Arts. 239, 276, 418, 434, 435, 458, 471, 477 y 489

Arbitraje,¹²⁵ en su artículo 3 literal c, que manifiesta: “Arbitraje; Un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral;” la cual a su vez tiene un ámbito de aplicación tanto nacional como internacional sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados, Pactos, Convenciones o demás instrumentos de carácter Internacional. En estos casos el objeto del arbitraje son las controversias que surjan entre personas naturales o jurídicas en materia tanto civil como mercantil, excluyendo otras materias como el derecho penal, salvo cuando esta trate sobre la responsabilidad civil producto de un delito, derecho público, en materia de familia, por decir algunos casos pero en definitiva el arbitraje no operara en cuestiones de controversias laborales. En este sentido lo centros de arbitraje reconocidos son: la Cámara de Comercio, las Asociaciones Gremiales y las Universidades. Lo anterior es regulado en los artículos: 21, 22, 23, 24 y 84 de la citada norma jurídica¹²⁶

En cuanto a los procesos extranjeros deberá de haber la concurrencia de que el proceso ya sea jurisdiccional o arbitral se lleve a cabo en otro Estado, pero que los efectos del proceso se lleven a cabo en El Salvador, aplicará también en el caso de que los bienes estén situados en territorio salvadoreño, en estos casos el juez salvadoreño será a quien se le ha de solicitar la adopción de medidas cautelares acorde a lo expresado en el artículo 154 del código¹²⁷.

¹²⁵ LEY DE CONCILIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE. Decreto Legislativo No.914. Fecha 11/07/2002. Diario Oficial No. 153.

¹²⁶ LEY DE CONCILIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE. Decreto Legislativo No.914. Fecha 11/07/2002. Diario Oficial No. 153.

¹²⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

Esta universalidad de las medidas cautelares guarda una íntima relación con el “principio dispositivo” que posee el proceso civil y mercantil en que la solicitud de las medidas cautelares debe de ser a petición de parte, pero cabe la posibilidad de que las medidas solicitadas pueden ser sustituidas por otras menos gravosas a favor de demandado o deudor, esto es conocido como potestad cautelar genérica. La solicitud para la adopción de medidas cautelares puede como ya se dijo, solicitarlas en cualquier proceso pero también aplica para cualquier momento dentro del proceso e incluso ser solicitadas como diligencia preliminar a la interposición de la demanda, tal cual como se verá más adelante.

3.1.2.- Principio Dispositivo y Responsabilidad: el principio dispositivo, consiste en que la única manera de que las medidas cautelares pueden ser solicitadas es a petición de parte, el mismo CPCM lo recoge en su artículo 432¹²⁸ inciso primero, con ello se excluye toda idea de que las medidas sean decretadas de oficio dentro del proceso por el hecho de que en el proceso civil y mercantil lo que se conoce son cuestiones meramente privadas de carácter patrimonial¹²⁹. Esta instancia de parte implica también que se decretan bajo la responsabilidad del que las solicita, materializándose por medio de la caución o contracautela la cual tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios en el patrimonio del demandado en caso de haber decretado una medida cautelar de carácter abusiva.

¹²⁸ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. *Artículo 432 Las medidas cautelares sólo se decretarán a petición de parte, bajo la responsabilidad del que las solicita.*

¹²⁹ BARONA VILAR, S. *Las Medidas Cautelares*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993. Impreso Mateu Cromo S.A. p, 34.

3.1.3.- Proporcionalidad: este principio va encaminado a evitar el abuso del derecho al invocar una medida cautelar, con lo cual deberá haber una razonable proporción entre la medida cautelar y el daño a evitar o prevenir. Con ello al aplicador de justicia le queda un margen de actuación, que si bien la solicitud de una medida cautelar opera de manera dispositiva este puede imponer las menos onerosas o perjudiciales en su caso al demandado o deudor, esto en ningún momento afectará al demandante puesto lo que se busca es la igualdad y justicia al momento de llevar a cabo la ejecución de la sentencia estimativa. Los artículos 431, 432 y 445 del CPCM¹³⁰ manifiestan lo antes dicho.

3.1.4.- Igualdad: se pone de manifiesto en el artículo 448 del CPCM¹³¹, cuando el demandante no puede otorgar la caución por motivos de desigualdad económica con el demandado o deudor, o bien que estén en disputa intereses difusos como lo podría ser el derecho de los consumidores. Pero a su vez se relaciona íntimamente al principio de proporcionalidad por el motivo de la caución que debe ser lo más capaz posible para resarcir los daños y perjuicios.

3.1.5.- Defensa y Contradicción: en este caso se hace el análisis sobre lo que es la audiencia en la parte afectada, la cual el CPCM¹³² no regula pero como ya se ha hecho ver en apartados anteriores no violenta el principio de defensa y contradicción puesto que para ello dentro del proceso cautelar se le otorga el recurso de apelación, como ese medio idóneo para

¹³⁰ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008

¹³¹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008

¹³² ÍDEM.

realizar su defensa y a la vez generar la contradicción misma, por lo cual se le difiere ese derecho (artículo 453), Por medio de este recurso a su vez el deudor o demandado puede hacer valer que la medida cautelar impuesta sea modificada e incluso que cese sus efectos.

3.1.6.- Celeridad: este principio va íntimamente ligado a la característica de sumariedad de las medidas cautelares, y se materializa cuando el CPCM¹³³ (Art. 453) determina que en plazo de 5 días el tribunal ha de resolver sobre la solicitud de la medida cautelar, este plazo corre desde el momento en que se interpone la solicitud. Radicando a su vez en el Periculum in Mora que como se ha visto en la materia civil y mercantil lo que se disputan son derechos patrimoniales.

3.2.-Legitimación Procesal.

Los sujetos legitimados para solicitar y soportar las medidas cautelares son las que participan dentro del proceso principal en su carácter de demandante y demandado, sobre el primero existe una legitimación activa y en el segundo hay una legitimación pasiva. ¿Pero qué sucede cuando hay terceros que es afectado por la medida cautelar?; en este caso el tercero¹³⁴ no es demandante ni demandado en el proceso principal, pero puede verse afectado por la adopción de una medida cautelar, en este caso él tiene un interés en el proceso principal y puede intervenir por medio de la figura del

¹³³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008

¹³⁴ FONT, M. A. *Guía de Estudio Procesal Civil y Mercantil*. Buenos Aires, Argentina 2003. Editorial Estudio. S.A. Página pp. 35 – 40.
CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 76-84.

coadyuvante o del tercero; dicho sea de paso el coadyuvante no es un tercero en esencia, tal y como ha sido tratado en el CPCM, pues sus alegaciones van en ayuda de una de las partes, con el objeto de defender un interés que puede verse afectado por la sentencia que recaiga en una de las partes, su presencia en juicio no responde a las partes, por lo tanto no debe de esperar a ser invocado por una de ellas, aunque su interés será adhesivo; por el contrario la figura del tercero, invocación vía provocada, por tener un nexo con la pretensión, estamos hablando de tercero en estricto sentido, pues este sólo actúa gracias a una petición de una de las partes para que aporte prueba que le beneficia a él como interesado y que pueda tener relevancia para una de las partes, puede ser solicitado ya sea por el demandante como por el demandado, los artículos 81 al 84 CPCM, tratan estas dos figuras a cabalidad.

3.3.- Características.

Se procederá a hacer un estudio de los caracteres de las medidas cautelares a la luz de los artículos que el Código determina, lo doctrinario ya se destacó en capítulos previos, por lo que solo ha de servir de base para destacar los mismos.

3.3.1.- Instrumentalidad¹³⁵: Nace a partir del fin que las medidas cautelares buscan el cual es asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que se deba dictar en otro proceso en el cual se estudia una pretensión de fondo. El auto que dicta las medidas cautelares es con el objetivo de dar una tutela mediata. Esta característica es recogida en los

¹³⁵ MARTÍNEZ BOTOS, R. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires 1990. Editorial Universidad. p. 77.

artículos 431, 434 y 451 inciso primero del código¹³⁶ al determinar que la solicitud para la adopción de las medidas cautelares será para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria; lo mismo se refleja cuando las medidas sean solicitadas como diligencia preliminar a la interposición de la demanda, en este supuesto las medidas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro del mes siguiente a la adopción. Y por último la adopción de las medidas no es un inconveniente para suspender el curso del proceso principal

3.3.2.- Provisionalidad: Se recoge en el artículo 456 del código¹³⁷ la mencionada característica, determinando que las medidas subsisten hasta que la sentencia definitiva adquiere firmeza, ejecutoriedad o hasta que duren las circunstancias fácticas que las determinaron, en estos casos se solicita el levantamiento de las mismas por la alteración de los condiciones que las originaron¹³⁸.

3.3.3.- Temporalidad: Responde a que las medidas cautelares tienen una duración en el tiempo la cual está pendiente al desarrollo de un proceso

¹³⁶ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹³⁷ ÍDEM. Art. 456.- Dictada la sentencia absolutoria, el juez acordará el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, aunque aquélla aún no fuera firme; salvo que el demandante, haciendo manifiesta la intención de recurrir, solicitare su mantenimiento o modificación. En tal caso, el tribunal, oída la parte demandada y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente, con aumento de la caución si acordare el mantenimiento o la modificación de la medida.

Si la sentencia estimare parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes.

Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, pudiendo el demandado solicitar el pago de los daños y perjuicios causados. Podrá asimismo el demandado reclamar la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.

¹³⁸ KIELMANOVICH, J. L. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. p, 44.

principal, por lo cual las mismas nacen para extinguirse entrelazando las características de instrumentalidad y provisionalidad, en el sentido de que a partir del momento en que desaparecen los presupuestos que la hicieron invocar y su posterior adopción se procede a su alzamiento o bien en la extinción. En esas líneas el artículo 456 del código¹³⁹ recoge tales caracteres.

3.3.4.- Variabilidad: Implica que decretada una medida cautelar, el acreedor puede pedir que ella se amplíe, mejore o sustituya por otra, si la medida cautelar decretada no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada¹⁴⁰. El juez podrá realizar la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial al deudor, o la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. El artículo 432 inciso segundo y 455 del código¹⁴¹ reconocen tal carácter. Determinando que el juez podrá acordar aquellas medidas que, siendo tan adecuadas como las pedidas, resulten menos onerosas para el demandado. O bien en el caso de que si luego de haber adoptadas las medidas sobrevienen hechos nuevos o de nuevo conocimiento, el tribunal podrá, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada.

3.3.5.- Sumariedad: Esto va determinado por la brevedad que toman el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares lo cual refleja

¹³⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹⁴⁰ FONT, M.A. *Guía de Estudio Procesal Civil y Mercantil*. Buenos Aires, Argentina 2003. Editorial Estudio. S.A. p, 293.

¹⁴¹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

los artículos 453 y 454 del código¹⁴², por ejemplo el pronunciamiento para decretar las medidas cautelares esta determinado en un plazo de cinco días el cual corre desde la recepción de la solicitud en el tribunal, a su vez el cumplimiento de las mismas esta preordenado para que sea de inmediato y a la vez de oficio. De lo anterior se comprende que la urgencia que toma el procedimiento cautelar es por la simple finalidad de asegurar la cosa que está siendo ventilada en un proceso principal el cual a veces tiende a ser largo, lento y duradero en el tiempo. Esta característica guarda una íntima relación con la instrumentalidad por la razón de que la resolución dictada en el procedimiento cautelar es el resultado de un juicio de mera probabilidad sobre la existencia de un derecho alegado o discutido en un proceso principal.¹⁴³ Esto lleva a entender que si bien la adopción de una medida cautelar necesita de pruebas esta no necesariamente deberá de ser plena puesto que se basa en una probabilidad o verosimilitud que se refleja en lo sumario.

3.3.6.- Judicialidad: Lleva a entender que el órgano jurisdiccional es el único ente competente para decretar y ejecutar las medidas cautelares, esto conforme a lo que dicta los artículos 432, 445, 449, 453 y 456 del código¹⁴⁴, es así que el juez competente para adoptar las medidas cautelares lo es el que está conociendo o deberá conocer del proceso principal, tanto en la instancia como en el recurso de apelación; a su vez él no podrá decretar medidas cautelares más gravosas que las solicitadas, pero si podrá decretar otras que resulten menos onerosas para el demandado lo que se observa como una facultad para controlar la aplicación de las mismas. Por último el

¹⁴² ÍDEM.

¹⁴³ MARTÍNEZ BOTOS, R. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires 1990. Editorial Universidad. p, 79.

¹⁴⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

juez es el único sujeto que puede decretar el levantamiento de las medidas cautelares.

3.3.7.- Necesariadad: Esta característica guarda una íntima relación con uno de los presupuestos de las medidas cautelares, que es el peligro en la demora, implica que las medidas cautelares responden a garantizar una pretensión definitiva del actor, la cual se ve amenazada por el incumplimiento del demandado. El Código Procesal Civil y Mercantil¹⁴⁵ en su articulado respecto a las medidas cautelares reconoce esta característica al manifestar que en cualquier proceso ya sea este de naturaleza civil o mercantil se puede invocar las medidas cautelares con el propósito de asegurar una efectividad y cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria, de ahí es que las mismas medidas sean a petición de parte debido a que solo ella misma sepa lo necesarias que son para proteger su derecho invocado. Esto mismo deja en claro el por qué el legislador ha manifestado que las mismas medidas se pueden solicitar en cualquier estado del proceso e incluso resaltando que se pueden solicitar como actos previos a la demanda, todo ello por la razón de proteger determinado derecho ante el demandado y su posible frustración ante cualquier eventualidad. Un elemento más que robustece esta característica lo es al momento de acreditar por medio de la prueba la necesidad de la medida cautelar, para ello se establece que basta una acreditación adecuada, no manifestando en ningún momento que es necesaria una prueba plena para llegar a un convencimiento en la mente del juez.

¹⁴⁵ ÍDEM. Arts. 431, 432, 434.

3.4.- Oportunidad para solicitar las medidas cautelares.

El artículo 434 del código¹⁴⁶ expone que las medidas cautelares se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, e incluso como diligencia preliminar a la interposición de la demanda. De ahí que la pretensión cautelar puede interponerse como accesoria de la demanda en la cual se debatirá el fondo del asunto o bien ya una vez iniciado este, tanto así que podría ser admitido como lo dice el artículo 449 del código, en la instancia o en el recurso, en todos estos caso se ha de proceder a formar expediente por separado, todo el proceso principal con el único fin de facilitar el trámite de las medidas cautelares. En el caso que las medidas cautelares sean solicitadas como diligencia preliminar a la interposición de la demanda dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, en este supuesto el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados. El solicitar medidas cautelares previo a la demanda responde a un carácter de urgencia por lo que no se puede esperar hasta que se inicie el proceso principal, como en el caso de solicitar un embargo preventivo.

3.5.- Competencia.

Toda medida cautelar es accesoria de una pretensión principal, de ahí es que el juez competente para conocer de la solicitud de medidas cautelares lo es el que conoce el proceso principal o ha de conocer. En ese sentido la competencia, se entiende que es la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso. De allí

¹⁴⁶ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

que se exprese, corrientemente, que la competencia es la "medida" de la jurisdicción¹⁴⁷.

La competencia en la adopción de las medidas cautelares procederá bajo un examen de oficio tanto en su jurisdicción y como de la competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares; en caso de carecer de competencia el juez rechazará su intervención, y remitirá al solicitante al tribunal que corresponda. Por ejemplo cuando los juzgados de primera instancia conozcan de la solicitud de la medida cautelar podrá recurrir en apelación el afectado por la medida cautelar a las Cámaras de Segunda Instancia. Lo mismo operara cuando las Cámaras de Segunda Instancia conozcan en primera instancia, aquí el tribunal al que se recurrirá será la Sala de lo civil. (Artículos 29,30 y 31 del Código¹⁴⁸). En cuanto al proceso arbitral la competencia corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas cautelares. Por ejemplo cuando los tribunales salvadoreños deban dar cumplimiento a las medidas cautelares o ejecutivas decretadas por tribunales extranjeros, proveerán lo que fuere pertinente para su cumplimiento, salvo lo que estuviere prohibido por la legislación nacional o sean contrarias al orden Público en materia de medidas cautelares. De lo anterior se observa que existe una competencia genérica la cual va determinada a que solo los tribunales en materia civil y mercantil pueden decretar la adopción de medidas cautelares civiles. Una segunda observación es que los tribunales salvadoreños en materia civil pueden

¹⁴⁷ FAIREN GUILLÉN, V. *Teoría General del Derecho Procesal*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1992. Primera edición. p 126.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 24-25, 29-31, 40, 449- 450.

¹⁴⁸ ÍDEM. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 24-25, 29-31, 40, 449- 450.

adoptar medidas cautelares para un proceso que se encuentra pendiente en el extranjero pero que contenga efectos o elementos en El Salvador.

3.6.- Presupuestos.

Al hablar sobre requisitos que admiten las medidas cautelares en el código¹⁴⁹ hay que referirse a los artículos 433, 446 a 448, en los que se encontrarán presupuestos de admisibilidad como el de ejecutabilidad; en cuanto al primero se encuentra lo que son el peligro de lesión o frustración del derecho y la probabilidad o apariencia de buen derecho, sobre el segundo presupuesto lo es la caución o contracautela.

3.6.1.- Peligro de lesión o frustración del derecho: Implica que el solicitante justifique debidamente que son indispensables las medidas cautelares para proteger su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso; bajo la idea que sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución. En doctrina¹⁵⁰ se maneja que el peligro de lesión es la razón del porque de las medidas cautelares se solicitan, bajo una pretensión de proteger la aplicación de la sentencia definitiva en el proceso principal, en el cual existe un temor fundado de que el derecho invocado pueda sufrir un perjuicio inminente e irreparable si no se ordena la medida cautelar de inmediato. Ejemplo de lo anterior es el embargo preventivo.

¹⁴⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹⁵⁰ FONT, M A. *Guía de Estudio Procesal Civil y Mercantil*. Buenos Aires, Argentina 2003. Editorial Estudio. S. A. pp. 293-294.

3.6.2.- Probabilidad o Apariencia de Buen Derecho: Se deberá acreditar adecuadamente tal presupuesto a través de los elementos probatorios que le proporcione el peticionario al juez, los cuales le permitirán a este último, considerar tal petición dejando de lado la inexistencia del mismo, esta valoración es de resaltar que no es sobre el fondo del asunto principal. La acreditación a la que hace referencia el código es para Martínez Botos¹⁵¹ sinónimo de una probabilidad y no de una certeza como suele suceder en el proceso principal al momento de valorar la prueba. La doctrina reconoce que para que este presupuesto sea demostrado, no es necesario un estudio exhaustivo de los expedientes por parte del juez, sino que “para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de la plena convicción del juez¹⁵²”

3.6.3.- Caución: Este presupuesto responde a garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiesen ocasionarse al patrimonio del demandado, tanto en la adopción como en el cumplimiento de las medidas cautelares, por lo que recae una responsabilidad sobre el solicitante. Es de resaltar que la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de las medidas cautelares, de ahí es que se considere un presupuesto de ejecutabilidad¹⁵³. La regla general indica que el solicitante deberá prestarla, pero como es sabido que ha toda regla le acompaña una excepción de ahí que hayan algunas como que la capacidad económica y patrimonio del solicitante sea inferior a la del deudor o bien que

¹⁵¹ MARTÍNEZ BOTOS, R. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires 1990. Editorial Universidad. pp. 44 – 46.

¹⁵² ORTELLS RAMOS, M; CALDERÓN CUADRADO, M. P. *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*. Granada: Editorial Comares, 1996, p 14

¹⁵³ KIELMANOVICH, J L. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. pp. 52-53.

hayan intereses difusos de por medio, por decir algunos. Este requisito responde a la apariencia de un derecho y a su vez que las mismas se decretan sin la intervención de la otra parte (*inaudita parte*), por lo que puede suceder que el solicitante haya pedido una o más medidas *indebidas*, es decir, sin derecho. Las formas de prestar la caución las expresa el legislador: dinero en efectivo cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o afianzadoras y en cualquier otra forma que el derecho lo estime conveniente, de aquí se ha de entender que podría ser atendiendo a la clasificación de las cauciones: Real consistente en dinero, valores o bienes; Personal en el caso de que alguien saldrá de fiador, acreditando una responsabilidad económica por un banco u otra institución afín; y Juratoria bastando que el solicitante jure hacerse responsable por los posibles daños y perjuicios. Artículo 446-448 del Código¹⁵⁴.

¹⁵⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 451, 276, 234.

CAPITULO IV

CATALOGO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Sumario: 4.1.- Tramite o Procedimiento Cautelar: 4.1.1.- Solicitud, 4.1.2.- Ofrecimiento de prueba, 4.1.3.- Resolución, 4.1.4.- Ejecución de las Medidas Cautelares, 4.1.5.- Modificación, 4.1.6.-Levantamiento. 4.2.- Clases de Medidas Cautelares: 4.2.1.- Embargo preventivo de bienes, 4.2.1.1.- Inhibición general de disponer, 4.2.2.- La intervención o administración judiciales de bienes productivos, 4.2.3.- El secuestro de cosa mueble, 4.2.4.- La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga, 4.2.5.-Anotación preventiva de la demanda, 4.2.6.- Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad, o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación, 4.2.7.-Intervención y Depósito de ingresos que provenga de actividad ilícita, 4.2.8.-Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que infrinjan propiedad intelectual e industrial o depósito de las cantidades como pago, 4.2.9.- Prohibición de Innovar y de contratar.

4.1.- Tramite o Procedimiento Cautelar.

Partiendo de que el conocimiento para la aplicación de las medidas cautelares se basa en una apariencia de buen derecho es decir una verosimilitud de conocimiento, conlleva a tomar la forma de un procedimiento o trámite sumario y a la vez accesorio o instrumental, implicando desarrollarse los más ágil para cumplir con una tutela efectiva de los derechos del demandante que se controvierten dentro del proceso principal.

4.1.1.- Solicitud¹⁵⁵: Se formulará con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos de peligro de lesión, apariencia de buen

¹⁵⁵CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 451, 276, 234.

derecho y la caución. La redacción ha de ir conforme a lo establecido para la elaboración de la demanda del proceso principal, como por ejemplo: la identificación del Juez o tribunal ante el que se promueve; nombre del solicitante y el domicilio que señale para oír notificaciones; nombre del demandado, su domicilio y dirección; nombre del procurador del demandante, su dirección, haciendo constar el número de fax o el medio técnico que le permita recibir comunicaciones directas del tribunal; ha de ir acompañado de los hechos en que el demandante funda su petición, enumerándolos y describiéndolos de una manera clara y precisa, con el fin de que el demandado pueda preparar su contestación y a la vez su defensa; los argumentos de derecho y las normas jurídicas que sustenten su pretensión; los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales, esto como el medio de prueba por medio del cual el juez tratará de valorar la verosimilitud del derecho, siendo así como el ofrecimiento de prueba; se indicará el valor de lo demandado. Al ser varias las pretensiones para más de una medida cautelar, se expresarán con la separación debida. Si la o las medidas cautelares fuesen desestimadas parcialmente, las que se hubieran formulado subsidiariamente se harán constar por su orden y en forma separada.

La solicitud de medidas cautelares se formará pieza separada, por lo que en ningún caso se suspenderá el curso del proceso principal, de ahí que en cualquier estado del proceso se podrá realizar la solicitud e incluso previo a la interposición de la demanda lo que es conocido como diligencia preliminar. En este caso las medidas solicitadas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, en este caso el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados. El período de vigencia es

breve puesto que es una medida de urgencia que generalmente los jueces conceden, previa caución, pero que obliga una acción rápida por parte del futuro actor para entablar la demanda. Caso contrario podría coartar determinados derechos como la disposición sobre bienes y esperar a que pase el tiempo por lo que le nacería un perjuicio. Si caducara la medida cautelar y se prueba que el efectivo ejercicio de la misma originó un daño o lesión en el patrimonio del demandado, este puede reclamar resarcimiento contra quien llevó adelante la medida.

4.1.2.- Ofrecimiento de prueba¹⁵⁶: En este procedimiento cautelar no se puede hablar de una fase probatoria en estricto sentido dado por las necesidad, urgencia y rapidez de las mismas medidas, más bien es la posibilidad de aportar documentos que acrediten el por que de la solicitud de la medida cautelar. Es así que en la solicitud que ya se mencionó previamente, ha de acompañarse con los instrumentos que la apoyen, y a su vez se podrá pedir la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de medidas cautelares.

Esta prueba deberá de ser pertinente, lícita e idónea, referida también a la existencia de un riesgo como que el demandado se encuentre en una situación de insolvencia, mediando una pretensión pecuniaria. En el caso de entregar un inmueble al demandante este deberá justificar su titularidad y el riesgo de que no se le entregue o se deteriore en el transcurso del proceso. También se podrá acreditar el riesgo por medio de la prueba idónea, la amenaza de una pretensión declarativa de dominio como lo sería, que “A”

¹⁵⁶ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008. Arts. 318-319.

que es el solicitante de la medida cautelar ha comprado un inmueble a “B” que es el demandado, pero este se lo ha vendido a “C” y en el transcurso del proceso principal está esperando traspasarle el dominio a su hijo “D”. Es decir que la prueba va referida a lo que son los presupuestos de las medidas cautelares, en los anteriores ejemplos se observó lo que es el peligro en la demora, pero no basta solo eso hay que dejar de manifiesto una apariencia de derecho para que exista un juicio positivo en la mente del juez para así poder aplicar las medidas cautelares, pero por la misma situación este juicio positivo no es pleno o absoluto sino que se genera como relativo, puesto que el trámite para las medidas cautelares es de carácter sumarísimo y eso conlleva a hacer un juicio de valor rápido y distinto al que se realiza en el proceso principal sobre la base de la sana crítica, dando como resultado una certeza a la hora de dictar la sentencia principal

4.1.3.- Resolución: Un elemento propio de las medidas cautelares es que se decretan sin audiencia de la contraparte, con el fin de evitar la frustración en el cumplimiento de la medida, es así que el afectado tendrá conocimiento de la medida cautelar en el momento de su cumplimiento, o posteriormente por medio de la notificación. En torno a lo anterior no hay una violación al derecho de defensa o de contradicción, más bien lo que hace es postergar su defensa al momento en que la parte o sea la demandada hace uso del recurso de apelación, en ese caso el recurso si se concede se decretará sin efecto suspensivo. La resolución que estime la concurrencia de los presupuestos y requisitos para la adopción de las medidas, es un auto simple porque se dictan con el propósito de acordar medidas cautelares. A su vez el juez no podrá ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las solicitadas; salvo que existan otras tan

adecuadas como las pedidas y que le resulten menos onerosas para el demandado. Artículos 445, 432 inciso segundo del código¹⁵⁷.

Este auto simple puede ser modificado al dictarse la sentencia que juzga el fondo del asunto ya que las medidas cautelares han de responder a una efectividad y finalidad, resultando lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, lo que lleva a que él demandante no reciba más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia. Lo anterior es con la idea de que el juez ejerce un control y limite a la solicitud interpuesta por el demandante; el plazo para pronunciar tal auto es de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal. Artículos 453, 212 y 228 del código¹⁵⁸. En la misma resolución se ha de acordar y determinar el régimen a que han de estar sometidas las medidas cautelares, tanto en forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante ya que de lo contrario no procederá su adopción y posterior ejecutabilidad, salvo que se tratase de una excepción a las caución como presupuesto de adopción de las medidas cautelares.

Hay que destacar que si el tribunal no pronuncia en el plazo de cinco días la resolución sobre si procede o no la adopción de la medida cautelar, estaría cayendo en una sanción conforme a lo determinado por el artículo 15 del código¹⁵⁹, con lo cual estaría aumentando el peligro en la demora ya expuesto por el solicitante.

¹⁵⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹⁵⁸ ÍDEM.

¹⁵⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

4.1.4.- Ejecución de las Medidas Cautelares: El artículo 452 y 454 del código¹⁶⁰, manifiesta que una vez ya acordada la medida cautelar y prestada la caución, procede de oficio su inmediato cumplimiento, por los medios necesarios, incluso por los previstos para la ejecución de sentencias, esto último será de aplicación supletoria. En cuanto a que si finalizado el proceso principal, por cualquier motivo, con resolución favorable para el solicitante de la medida cautelar, esta se mantendrá mientras transcurre el plazo previsto para el cumplimiento voluntario, si en su caso se concedió.

4.1.5.- Modificación: En el supuesto que sobrevinieren hechos o conocimientos nuevos a instancia de parte, se podrá modificar el contenido de la medida ya acordada. Bajo el criterio que se podrá acordar las que resulten menos onerosas para el demandado. El código¹⁶¹ en el artículo 455 regula que tal modificación de medidas cautelares se sustanciará con el procedimiento establecido para la oposición, pero al buscar tal trámite este no se regula por lo que el código comentado ofrece una respuesta al referirse que el trámite para la modificación es la de los incidentes¹⁶², el cual se tramitará de manera separada, la admisión de la cuestión de modificación se realizará mediante auto. Bajo este criterio no se suspenderá el curso del proceso principal o bien el de ejecución de la medida, salvo que afectase los intereses del demandante o acreedor. El trámite se realizará en un mismo escrito si fuesen varias las modificaciones, siempre que sea posible su tramitación conjunta. Se llegarán a rechazar por improponibles, y sin más trámite, las solicitudes de modificación que se entablaren con posterioridad.

¹⁶⁰ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹⁶¹ ÍDEM.

¹⁶² GARDERES, S. y Otros. *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Impreso en Talleres Gráficos UCA, Consejo Nacional de la Judicatura/ Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Julio 2010. p 478.

En el caso de ser promovida la modificación por escrito, ésta tendrá que ser concreta y fundada, tanto en lo fáctico como jurídico acompañándose de los documentos oportunos, así como el escrito en el que se propondrán las pruebas que se estimen necesarias. Si el incidente de modificación promovido fuere manifiestamente improponible o no se ajustara a los casos que se prevén, el Juez lo rechazará sin más trámite.

Admitida la modificación, en el plazo de tres días se dará audiencia a las otras partes para que aleguen por escrito lo que convenga, acompañando los documentos oportunos y proponiendo la prueba que se repute necesaria. Una vez finalizado dicho plazo, el Juez citará a las partes a una audiencia que se celebrará en los diez días siguientes al de la citación. Esta audiencia se celebrará conforme a las reglas establecidas para el proceso abreviado. La audiencia podrá postergarse o suspenderse una sola vez por un plazo no mayor de diez días, cuando hubiere imposibilidad material de practicar la prueba que debe recibirse en ella. Cuando procediere la prueba pericial, se realizará por un perito designado de oficio.

4.1.6.- Levantamiento: Esta es la última parte del procedimiento y aplica en tres casos tal situación, reconocida en el artículo 456 del código.¹⁶³ La primera de ellas es que una vez dictada la sentencia desestimatoria dentro del proceso principal, aunque no fuera firme el juez acordará el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, pero si al demandante no le pareciera el levantamiento podrá recurrir solicitando su mantenimiento o modificación. En esta situación el tribunal, oír a la parte demandada y atendiendo las circunstancias, resolverá lo que proceda. En el

¹⁶³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

caso de resolver a favor del demandante se hará un aumento de la caución. El segundo caso podría ser, si la sentencia estima parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes. Y en el último supuesto si la sentencia desestimatoria fuere firme, se dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, aquí el demandado podrá solicitar el pago de los daños y perjuicios causados cuando procediere, como reclamar la oportuna indemnización en los casos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.

4.2.- Clases de Medidas Cautelares.

Es de recordar que las medidas cautelares establecidas en el código¹⁶⁴ no son taxativas, y que el mismo cuerpo legal está abierto a aquellas medidas genéricas o bien llamadas innominadas, por lo cual se procederá a realizar un análisis sobre cada una de aquellas que recoge expresamente el artículo 436.

4.2.1.- Embargo preventivo de bienes: Es la medida cautelar por la que se afecta la libre disponibilidad de bienes determinados, para asegurar la eventual ejecución ulterior de la sentencia que hubiese de darse en el proceso principal ya sea de conocimiento o de ejecución, en este sentido el propietario queda sometido a abstenerse de todo acto tanto físico como jurídico del cual pueda derivar una disminución de la garantía que dicho bien respalda.¹⁶⁵ Para Podetti el embargo preventivo es “la medida que afecta un bien determinado de un presunto deudor para garantizar la eventual

¹⁶⁴ ÍDEM.

¹⁶⁵ KIELMANOVICH, J L. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. pp. 225-226.

ejecución futura, individualizándolo y limitando las facultades de disposición y goce de éste, hasta que se dicte la pertinente sentencia de condena o se desestime la demanda principal”¹⁶⁶. Para Alsina este embargo es “la medida procesal de garantía consistente en la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en su ejecución; y su objeto es la individualización y la indisponibilidad del bien afectado, por cuyo intermedio se asegura que el importe obtenido mediante la realización judicial del mismo, será aplicado a satisfacer el interés del acreedor”¹⁶⁷. De lo anterior se concluye que es la medida cautelar más destacada, que procede por orden judicial con el fin de asegurar el resultado de un proceso, dejando indisponible determinados bienes del deudor.

Se destaca por tres razones: la primera es que conlleva a una pretensión de condena dineraria; es la medida cautelar que más se desarrolla en el código y de mayor aplicación en los procesos civiles y mercantiles; y tercero porque reúne en ella la concepción doctrinaria de lo que son todo el conjunto de medidas cautelares en cuanto a presupuestos, caracteres como por ejemplo es instrumental porque lo que se pretende con ella es asegurar la ejecución de la sentencia que en él se dicte, lo que la conlleva a ser asegurativa a su vez con efectos ejecutivos. La figura del embargo preventivo procederá en cinco casos como: Que el deudor no tenga un domicilio en la República, el solicitante deberá justificar mediante prueba la condición de deudor y con ello determinar la existencia de su derecho invocado en la solicitud de medidas cautelares, de la lectura del primer numeral el legislador no determina si se ha de probar el *periculum in mora*

¹⁶⁶ PODETTI, R. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ediar, Buenos Aires. 1956. p. 169

¹⁶⁷ ALSINA, H. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil 2 Ed.* Ediar Buenos Aires, 1962, vol. V. p. 62

pero por la misma situación se llega a la conclusión que ha de darse en forma subsidiaria.

Un segundo caso es cuando haya la existencia de un crédito, este deberá ser comprobado y demostrado por medio de instrumento público o privado acompañando la solicitud en la cual se atribuya al deudor tal obligación, con tal documentación se hará valer esa apariencia de buen derecho por parte del acreedor, cabe la posibilidad que el documento sea privado por lo cual podría realizarse la prueba pericial conforme a lo dispuesto por los artículos 375, 377, 376, 382 y 386 CPCM, el punto a probar podría ser la firma del deudor para demostrar la autenticidad de la misma. En cuanto a si el instrumento público o privado puede dar paso para ser un título ejecutivo el demandante podrá solicitar el embargo que determina el artículo 459 del código¹⁶⁸, aquí procedería la demanda ejecutiva que consiste en solicitar el decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada, para lo cual habrá de acompañarse el título en que se funde la demanda y los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad que se reclama. Hay que aclarar que en este tipo de embargo ya no es bajo los criterios de una medida cautelar, de ahí que existan una serie de diferencias entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo propiamente:

Hay que recordar que el embargo preventivo tiene el fin de asegurar el cumplimiento de una sentencia estimatoria, individualizando el bien sobre el que a de recaer y el monto del crédito, por contrario el embargo ejecutivo es el dictado en un proceso ejecutivo declarado admisible gracias a que el título reúne los requisitos que la ley determina. Una segunda diferencia es en

¹⁶⁸ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

cuanto al embargo preventivo, se decreta ante una presunción acreditada en forma adecuada de un derecho invocado por el demandante, por el contrario el embargo ejecutivo procede ante el dictado de una sentencia firme, en la cual los medios de prueba si serán necesarios como el mostrar el título y los documentos en el cual conste la deuda exigida. El embargo preventivo requiere de la configuración de los presupuestos de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, *periculum in mora* o peligro en la demora y la caución, para ser admitido, contrario al embargo ejecutivo en el cual lo necesario es la existencia del título ejecutivo.

Un tercer supuesto es que exista la intención del deudor en enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía, o bien que haya una disminución apreciable de la solvencia del deudor después de contraída la obligación, por cualquier causa, esta última deberá ir debidamente justificada. Operará la medida también cuando se demande por daños y perjuicios que provengan de eventos dañosos y que el demandado no cuente con un seguro de responsabilidad o en caso de tenerlo que la institución aseguradora este en proceso de liquidación al iniciar el proceso principal. En estos dos últimos casos si se establece la aportación de los dos presupuestos como requisito para admitir la medida cautelar. Una última situación lo será para los no previstos, como cuando resulte ser una medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y de menor onerosidad en virtud de la característica de mutabilidad o flexibilidad a favor del demandado pero siempre resguardando el riesgo de lesión o frustración del derecho¹⁶⁹.

¹⁶⁹ MARTÍNEZ BOTOS, R. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires 1990. Editorial Universidad. p 435.

Sobre los presupuestos del embargo preventivo, se sintetizan como en toda medida cautelar una apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la caución. La apariencia de buen derecho va relacionado a la situación cautelable que consiste en un derecho de crédito, una prestación dineraria o cierta cantidad de especies, la cual ha de acreditarse por medio de documentos, el documento bien puede ser un título ejecutivo o puede adquirir tal carácter mediante el reconocimiento de la firma del deudor. El peligro en la demora tiene por finalidad que el deudor que será o a sido demandado no prepare su insolvencia, y con ello no pueda hacer imposible la futura ejecución por la obligación pecuniaria, para ello hay unos supuestos -ya mencionados- que retoman este peligro, como por ejemplo: que el deudor no tenga domicilio en la República de El Salvador, el peligro se observa por el simple hecho de ser un deudor extranjero, aunque posea bienes en el país, pero el factor es que no tiene domicilio en el país, etc. En cuanto a la caución, es la constitución de una garantía concreta del eventual derecho del sujeto pasivo del embargo, la cual busca indemnizar por daños y perjuicios que éste le cause. A su vez el juez puede bajo su responsabilidad eximir de la caución si el solicitante tiene un patrimonio notoriamente insuficiente para hacerse cargo con la responsabilidad.

El carácter de instrumentalidad del embargo preventivo hace que se lleguen a producir efectos con el proceso principal, tales como: que si el embargo preventivo se solicitó previo a la interposición de la demanda, el solicitante debe de interponer la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, para la doctrina esto se llama “carga de presentar la demanda” por la razón de que al cumplir este requisito se condiciona la subsistencia de la medida cautelar, caso contrario al no cumplir el plazo legal el embargo se debe de extinguir. En este sentido al interponer la demanda en el plazo ya antes mencionado lo que sucede es que se ratifica la solicitud del embargo

preventivo. Un segundo efecto lo es al terminar el proceso principal, en el cual puede darse una simple extinción de la medida cautelar, por medio de una sentencia de carácter desestimatoria hacia el derecho del demandante por lo que la función de aseguramiento ya no tiene su razón de ser. Pero puede darse lo contrario, que la sentencia del proceso principal sea de carácter estimatorio de la pretensión del demandante, razón por la cual la medida de embargo preventivo puede dar paso a tener los efectos de un embargo ejecutivo¹⁷⁰.

4.2.1.1- Inhibición general de disponer: Esta medida cautelar posee las característica de imposibilitar la disposición de bienes e inmoviliza el patrimonio del deudor, no se otorga a favor de una persona determinada sino que responde a limitar la facultad de disponer como por ejemplo vender o gravar; una característica propia es que es subsidiaria, debido a que cuando el embargo preventivo no fuere posible decretarse por desconocerse los bienes del deudor procederá la inhibición¹⁷¹. Para algunos autores como Podetti lo definen como: la medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre bienes inmuebles e inmoviliza un patrimonio¹⁷². Es así también que el artículo 439 del código¹⁷³ reconoce y ubica esta figura como alternativa al embargo, procediendo en dos supuestos como cuando no se conozcan bienes del deudor o por no cubrir lo que se conozca en el importe del crédito reclamado.

¹⁷⁰ BARONA VILAR, S. *Las Medidas Cautelares*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993. Impreso Matéu Cromo S. A. pp. 80-83

¹⁷¹ NUTA, A. R. *Medidas Cautelares y Bloqueo Registral*. Ediciones la Roca. Buenos Aires Argentina. pp. 81 - 83

¹⁷² PODETTI, R. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ediar, Buenos Aires. 1956. p. 225.

¹⁷³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 712 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

La medida cautelar de Inhibición general de disponer, se dejará sin efecto cuando el inhibido presentase bienes suficientes para un embargo o diere caución bastante. En esta figura no se individualizan ni inmovilizan bienes particulares sino que es un género indiscriminado, contrario al embargo preventivo de bienes en el cual hay una individualización de bienes o un monto económico. En la solicitud para el trámite de la medida se expresará el nombre, apellido y domicilio del deudor, como cualquier otro dato que pueda individualizar al inhibido. Los efectos de la inhibición de disponer sólo se producirán desde la fecha de su anotación, por lo cual nadie puede autorizar escritura de transferencia de dominio sobre bienes del deudor inhibido; salvo en los supuestos en que el dominio se hubiere transferido con anterioridad. La inhibición no concederá preferencia sobre otras medidas cautelares anotadas con posterioridad.

Esta inhibición general de disponer puede tener dos visiones como: la que se solicita a petición de parte con el propósito de garantizar el o los eventuales derechos de acreedor cuando no conoce bienes de su deudor, aquí los efectos se limitan a la libre disponibilidad del bien. Y un segundo enfoque lo es como sustitutivo del embargo, implicando que lo que se busca con la misma es dictarle un carácter de publicidad del deudor para que a sí frente a terceros asegurar el derecho.

Un punto a destacar en esta figura cautelar es que a diferencia del embargo, que recae sobre uno o más bienes del deudor, sean muebles o inmuebles, la inhibición constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar cualquier bien inmueble de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida, o que adquiera en lo sucesivo, pues los notarios no pueden, sin orden judicial, otorgar escrituras traslativas de dominio o de constitución de derechos reales cuando

surge, del certificado expedido por el Registro de la Propiedad, que existe anotada una inhibición respecto del titular del dominio. Otro sería que la inhibición no afecta ni individualiza ningún bien determinado y su único efecto consiste en impedir que el deudor enajene o grave los inmuebles o muebles registrables que posea, o que adquiera posteriormente. La anotación de la inhibición constituye, de tal manera, un medio tendiente a que el deudor, para obtener el levantamiento de la medida, pague, denuncie bienes a embargo o caucione la deuda. La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiere transmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación.

4.2.2.- Intervención o administración judiciales de bienes productivos: Desde un punto de vista general, denominase intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes¹⁷⁴. Dentro de la primera finalidad del interventor que es el aseguramiento de la ejecución forzada, se encuentra la especie más simple de la intervención judicial, que es aquella que se dispone con el único objeto de que el interventor haga efectivo un embargo ya decretado llamándosele interventor recaudador. A diferencia de la inhibición, que se halla supeditada a la inexistencia o insuficiencia de bienes susceptibles de embargo, la intervención judicial tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de un embargo ya decretado, motivo por el cual se trata de una medida no sucedánea sino complementaria de aquél.

¹⁷⁴ PALACIO, LINO ENRIQUE. "Manual de Derecho Procesal Civil." Decimoséptima Edición Actualizada. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. P. 790

En lo concerniente al mantenimiento de una situación de hecho, corresponde distinguir dos especies de intervención según que el interventor designado deba limitarse a fiscalizar o controlar la administración de una sociedad o asociación que es un interventor fiscalizador, o bien que él desplace al administrador de la correspondiente entidad, asumiendo facultades de dirección y gobierno en sustitución provisional de aquél. En este último supuesto la intervención recibe el nombre de administración judicial¹⁷⁵.

Opera cuando se pretenda una sentencia de condena con el fin de entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro en el que se implique un interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o bien cuando el aseguramiento de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad¹⁷⁶, por ejemplo las sociedades tanto de personas como de capital que regulaba el ya derogado Código de Comercio¹⁷⁷ en la cual lo que se buscaría sería informar sobre el estado financiero, económico, fiscal y provisional de la explotación en este caso el interventor será un informante; también el interventor puede ejercer una función de recaudar los frutos o rentas; el interventor puede adquirir una

¹⁷⁵ ÍDEM. P. 791

¹⁷⁶ BARONA VILAR, S. *Las Medidas Cautelares*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993. Impreso Mateu Cromo S. A. p 435

¹⁷⁷ CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto Legislativo No 671. Diario Oficial No. 140, tomo 228, fecha 13 de Julio de 1970. Artículo 18. las sociedades se dividen en sociedades de personas y sociedades de capital; ambas pueden ser de capital variable. Son de personas: I- Las sociedades en nombre colectivo o sociedades colectivas. II- Las sociedades en comandita simple o sociedades comanditarias simples. III- Las sociedades de responsabilidad limitada. Son de capital: I- Sociedades anónimas. II- las sociedades en comandita por acciones o sociedades comanditarias por acciones. "Solamente podrán constituirse sociedades dentro de las formas reguladas por la Ley."

Artículo 78. inciso primero: la administración de la sociedad está a cargo de uno o varios administradores quienes pueden ser socios o personas extrañas.

función de administrador en el caso de reemplazar a sus administradores naturales o bien ser un interventor coadministrador de la sociedad, como lo determina el artículo 254 del código de comercio¹⁷⁸. El interventor o administrador es un auxiliar del juez sus facultades se limita de manera estricta para asegurar el derecho que se invoque, procurando la continuidad de la explotación intervenida. No entran en conflicto con esta medida las disposiciones contenidas en leyes sustantivas, en las que se autorice la intervención o administración judicial. Artículo 440 del Código¹⁷⁹.

No está por demás decir que en esta figura cautelar el demandado no se ve privado de ordenar el proceso productivo en la forma que estime conveniente. El control judicial se circunscribe a evitar que a lo largo del proceso suceda una actuación maliciosa o descuidada haciendo que el bien pierda o disminuya su capacidad, y en consecuencia se desvalorice. Esta medida se destaca por el tipo de bienes en los que recae, dado el valor que les otorga los productos que de ellos se obtiene, por lo cual su conveniencia es cierta ya que con ello se evita una conducta maliciosa o negligente del deudor con lo cual busque disminuir o perder la capacidad productiva.

En cuanto al interventor o administrador deberá desempeñar personalmente el cargo con arreglo al mandato que le haya impuesto el juez, presentar los informes periódicos que disponga el juzgado y uno al concluir su cometido, y evitar la adopción de medidas que no sean necesarias para el cumplimiento de su función o que comprometan su deber o imparcialidad respecto de las partes interesadas o que las mismas puedan producirles daño o menoscabo. En este último caso el interventor o administrador que no

¹⁷⁸ ÍDEM. Artículo 254. La administración de las sociedades anónimas estará a cargo de uno o varios directores, que podrán ser o no accionistas.

¹⁷⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

cumpliere eficazmente su cometido podrá ser removido de oficio o a pedido de parte. En estos casos se le podría recriminar una de las tres especies de culpa o descuido¹⁸⁰. Como la culpa grave, negligencia grave, culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

4.2.3.- El secuestro de cosa mueble: El secuestro es la medida cautelar que tiene por fin despojar materialmente a una persona de un bien mueble sobre el cual se ha iniciado o se iniciará un proceso jurisdiccional, para evitar que la misma lo sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva¹⁸¹. Procede en dos formas: cuando el objeto del proceso consiste en la entrega de bienes muebles que se hallen en poder del demandado, debiendo el peticionante justificar documentalmente el derecho cuya efectividad se quiere garantizar; y la segunda en general, cuando resulte indispensable para la guarda o conservación de cosas en función de asegurar el resultado de la sentencia, siendo el fundamento cautelar genérico.

¹⁸⁰ CÓDIGO CIVIL. D. E. del 30 de Abril de 1860. D. O. del 19 de Mayo de 1860. Art. 42

¹⁸¹ FONT, M. A. *Guía de Estudio Procesal Civil y Mercantil*. Buenos Aires, Argentina 2003. Editorial Estudio. S. A. p, 299.

Posee características¹⁸² de desapoderamiento consistente en el retiro de la posesión del bien al deudor, es la entrega en depósito a un tercero y recae sobre cosas que son objeto del litigio. En esta medida la prueba se realizará por medio de documentos, en una manera específica cuando la pretensión del actor tenga por objeto la entrega del bien mueble que se halle en poder del demandado, y en general, cuando se solicite el secuestro para asegurar el resultado de la sentencia definitiva; lo que no excluye la admisibilidad de otros medios de prueba para acreditar el otro presupuesto de toda medida cautelar, es decir, el riesgo de frustración del derecho. Artículo 442 del código¹⁸³.

Hay que hacer una aclaración en cuanto al porque en el código¹⁸⁴ se determina a la figura como *secuestro de cosa mueble* para no entrar en conflicto con lo que en doctrina se maneja que procede el secuestro contra inmuebles, los doctrinarios manejan esta postura en base al criterio que luego de haber trabado un embargo en el que inmueble es necesario solicitar un secuestro puesto que así no solo se limitarán derechos en cuanto a la venta u otros sobre el bien sino que a su vez se alejará del uso, goce y deterioro del inmueble mientras dure la litis.¹⁸⁵ Esta modalidad de secuestro se le llama secuestro indirecto porque depende de otro. Por lo que la figura del secuestro sobre mueble que reconoce la legislación salvadoreña ha de llamarse secuestro directo, autónomo o propiamente dicho, puesto que para

¹⁸² ÍDEM.. p, 299

¹⁸³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo n°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

¹⁸⁴ ÍDEM.

¹⁸⁵ KIELMANOVICH, J. L. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. pp. 355-357.

el mismo opere no ha de mediar otra situación más que los presupuestos establecidos para su procedencia¹⁸⁶.

Lo expuesto permite diferenciar adecuadamente el secuestro del embargo preventivo. Por el primero se debe de entender que recae sobre cosas ciertas y determinadas acerca de las cuales existe o ha de promoverse una controversia judicial, el segundo versa sobre cualquier bien que se encuentre en el patrimonio del deudor y cuya eventual realización permitirá satisfacer el crédito por el cual se procede. Difieren ambas medidas también en lo que concierne a sus efectos, pues en tanto los bienes embargados pueden ser usados por el deudor, si éste ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, pues las cosas afectadas por la medida se ponen en manos de un tercero. Un punto ha destacar es que el secuestro puede solicitarse como medida *subsidiaria* del embargo o en forma *autónoma*. Siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, a si mismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.

4.2.4.- Formación de inventarios de bienes: Esta especie de medida cautelar tiene aplicación para la sucesión por causa de muerte¹⁸⁷ en

¹⁸⁶ ALESSANDRI, F. *Regla Comunes a Todo Procedimiento y del Juicio Ordinario*. Santiago de Chile. Imprenta el Esfuerzo. 1934. p.116

¹⁸⁷ PÉREZ LASALA, J. L. *Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio*. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires. 1992. Página 225. En el derecho romano, algunos medios de protección procesal amparaban al heredero civil, y otros, al bono rum possessor. Como por ejemplo: El heredero civil podía ejercer las "acciones singulares" que correspondían al difunto respecto de los derechos transmisibles que componían la herencia. Si el causante era propietario, acreedor, etc., el heredero lo era también y, como tal, disponía de la reivindicatio o de la particular acción ejercible para cada caso concreto. Pero, aparte de estas acciones, el ius civile conoció una vindicado generalis, la hereditatis petitio, mediante la cual el heredero podía reclamar la totalidad del haber hereditario, partes o cosas concretas de él, obtener el cobro de créditos y, en general, cualquier pretensión ligada a su calidad de

la que habiendo dos o más herederos uno de ellos fuere declarado como heredero, previo inventario en este caso solemne, se administrará todos los bienes de la sucesión y a su vez representará el administrador a la sucesión. Si hubiese mas herederos que aceptaren posteriormente se suscribirá en el inventario para luego formar parte de la administración y representación. Al manifestar que este inventario será solemne es sobre la base que existe uno menos solemne en el cual su realización se lleva frente a notario de la república, al que nos referimos es en relación al realizado por mandato judicial convirtiéndolo en solemne, artículos 960, 1166, 1172-1178 Código Civil¹⁸⁸.

Otro supuesto lo es en materia de familia en cuanto al proceso de disolución y liquidación del régimen de comunidad diferida en el cual se excluyen los bienes propios de cada cónyuge. En este tipo de procesos se hará un escrito bajo juramento conteniendo un inventario privado de bienes como el valuó económico de cada uno, consolidando un activo y pasivo, no se tomaran en cuenta las obligaciones que consten en títulos ejecutivos; una vez hecho, llega el inventario al juez, se citará a audiencia a las partes y personas interesadas en la formación llámese acreedores, de haber acuerdo se aprobará, sino lo hubiese se tramitará como incidente tal situación. Si hubiesen quedado fuera bienes del inventario sea por el motivo que fuese se podrá solicitar su incorporación y posterior evaluó, artículo 74 Código de familia¹⁸⁹ y artículo 133 Ley procesal de familia¹⁹⁰.

heredero, invocando no su condición de titular de los derechos singulares sobre las cosas de la herencia, sino su condición de heres. En el derecho antiguo y en el clásico, la petitio hereditatis fue una actio in rem, en tanto que en el derecho justinianeo fue una acción mixta, en consideración de las prestaciones y responsabilidades del demandado.

¹⁸⁸ CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. D.E. del 30 de Abril de 1860.D. O. del 19 de Mayo de 1860.

¹⁸⁹ CÓDIGO DE FAMILIA. Decreto Legislativo No. 677. de fecha 11 Octubre de 1993. Diario Oficial No. 231. Tomo 231. 13 de Diciembre de 1993.

4.2.5.-Anotación preventiva de la demanda: El estudio de la medida cautelar en comento debe hacerse en relación, al derecho de carácter registrable, el principio registral de fe pública registral y con mayor razón en referencia a los efectos que esta medida cautelar causa frente a terceros, con asientos anteriores y posteriores a la anotación preventiva de la demanda.

Tradicionalmente se suele entender que la anotación de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente se estima.¹⁹¹ La "anotación preventiva de la demanda", o "inscripción provisional", se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares, que se erige como el instrumento de seguridad y garantía que tiene por objeto asegurar una pretensión ejercitada ante los tribunales judiciales en forma completa, a fin de evitar la burla y el consiguiente perjuicio de los derechos actuales o futuros del demandante o anotante, frente a las posibles enajenaciones y gravámenes del titular registral.¹⁹²

La anotación preventiva de la demanda se define como el asiento registral de vigencia temporalmente limitada, que publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable, presenta un doble aspecto: a) Procesalmente, es una medida cautelar para asegurar que al recaer sentencia condenatoria, esta pueda ejecutarse en igual condición o circunstancia a las que concurrían en el momento de interponerse la

¹⁹⁰ LEY PROCESAL DE FAMILIA. Decreto Legislativo 318. De Fecha 14 de Septiembre de 1994. Diario Oficial No. 173. Tomo 324. 20 de Septiembre de 1994.

¹⁹¹ PARDO NUÑEZ, C. *Anotaciones Judiciales de Embargo y Demanda*. Estudios Jurídicos. Editorial Marcia Pons. 1ª edición. Madrid, España. 1997. p.17.

¹⁹² Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 24-98 de fecha Martes, 26 de febrero de 2002.

demanda anotada. Es por consiguiente, una medida cautelar para asegurar la efectividad o ejecución de un fallo judicial; b) es un medio de hacer constar en el Registro la existencia de una causa que ha dado lugar al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación, de una titularidad o acto inscrito anteriormente.¹⁹³

Esencialmente la anotación preventiva de la demanda está íntimamente relacionada con los derechos de carácter registrable tal y como se apuntaba, el ejemplo típico se dan en aquellos bienes jurídicos de naturaleza inmobiliaria, y que por tanto registrables en el registro de propiedad raíz u otro registro. Por lo tanto la protección fáctica que tiende a proteger esta medida cautelar tendrá que surtir efectos sobre asientos del registro anteriores y posteriores¹⁹⁴. Así lo afirma Silvia Varona Vilar¹⁹⁵, “se parte pues de una concreta situación, motivada por la presencia de un bien o derecho registrado o registrable que podría requerir de la debida cobertura registral de manera cautelar, y que ninguno de ambos permiten.”

Se trata, esta de una medida cautelar que aprovecha la publicidad registral para advertir a los terceros de la existencia de un litigio, cuya situación jurídica cautelable y el *fomus bonis iuris* se asientan en una pretensión que no necesariamente debe comportar el ejercicio de una acción real, si bien puede decirse, que es el supuesto más frecuente. Tal es así

¹⁹³ Sentencia definitiva, ref. 115-30-c2-2003 de fecha 12/12/2003, cámara primera de lo civil de la 1a. sección del centro, San Salvador.

¹⁹⁴ El artículo 443 del CPCM es claro en este punto y nos dice: “Será procedente la anotación de la demanda cuando se dedujere una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente.” Coincidiendo con toda certeza con la doctrina del derecho cautelar referente a la anotación preventiva de demanda.

¹⁹⁵ MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S. y Otros. *El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000*. 2ª Edición. Editorial Tirant Llobrich. Valencia España. 2001. P. 872. Puede consultarse en este punto, el libro Derecho Jurisdiccional Tomo II de estos mismos autores, p.671.

que la acción ejercita puede ser de carácter personal, pero para ello debe tratarse de una sentencia capaz de producir una inscripción en el registro.¹⁹⁶

El *periculum in mora* de esta medida cautelar se debe justificar con el riesgo de transmisiones que pueden recaer sobre el derecho registrado o registrable sobre el cual se está litigando, y por tanto constituye garantía del proceso y de la futura ejecución del fallo que en su tiempo se dicte. La anotación preventiva de la demanda está estrechamente ligada a la vez con el registro en donde se pretende modificar, extinguir o crear un derecho registrado y con lo que este garantiza con el principio de *fe pública registral*¹⁹⁷, este principio de carácter registral ampara al tercero que de buena fe adquiere un derecho registrable y lo hace valer como tal.

Pues precisamente cuando se da lugar a la anotación preventiva de la demanda, surte efectos sobre dicho principio hay algunos que deducen que este es la principal finalidad de esta medida cautelar, consistiendo en dejar fuera de juego al registro mismo y sobre todo en no utilizar a este para evadir la sentencia que se dicte.

¹⁹⁶ MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S. y Otros. *El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000*. 2ª Edición. Editorial Tirant Llobrich. Valencia España. 2001. La autora se apoya, al dar esta aseveración, en sentencia pronunciada en AAP Zaragoza de 27 de Octubre de 1998. En el caso salvadoreño habría que hacer un análisis más exhaustivo para determinar si es aplicable dicho argumento en resolución de casos concretos.

¹⁹⁷ PONS FAUDOS, P. y Otros. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Editorial Registradores de Cataluña. España. 2008. p. 35. Cuando la presunción de exactitud del Registro opera *iuris et de iure* a favor del tercero que, con los requisitos de la ley, confía en el contenido de aquél, se articula el *principio de fe pública registral*... “el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro”.

Así lo entiende Celestino Pardo Núñez¹⁹⁸ “La doctrina mayoritaria, a la hora de precisar esta formulación abstracta, entiende que la finalidad de la anotación de la demanda consiste en preservar el proceso del juego del registro, eliminando los obstáculos que pueda levantar la fe registral a la ejecución de la sentencia estimatoria que en su día se dicte. Si la pendencia del proceso no se publica mediante la oportuna anotación, el que adquiere, a título oneroso y de buena fe, derecho del demandado, e inscribe, devendría titular de modo irrefragable. La sentencia resultaría *inutiliter data*.”

Poco importa que la sentencia final acoja las razones del demandante y reconozca su derecho. El fallo devendría inútil y de poco serviría al vencedor iniciar un nuevo proceso contra el tercero: mientras se ventilaba el primer juicio, el registro le había investido con un título autónomo de propiedad independiente del de su causante. Por esta vía el juego demoledor del registro ofrecería al demandado un cómodo instrumento para burlar la justicia; resultado intolerable por partida doble, ya que conduciría al descrédito del proceso y del registro. De ahí la necesidad de ofrecer al demandante instrumento para impedirlo.

“La anotación de demanda sería el instrumento que el demandante tiene para impedir que durante el proceso se produzca, mediante el juego del registro, la adquisición a *non domini* por un tercero del derecho reclamado.” Por lo tanto desde esta perspectiva y conforme a los aportes doctrinarios la anotación preventiva de la demanda tiene un carácter defensivo, en el sentido que el demandante lo utilizará con el objeto de librar al registro y como un mecanismo de defensa de su derecho aparentemente infringido,

¹⁹⁸ Ob Cit. P.17 a 18.

llevando a cabo a la vez el aseguramiento de que en el futuro se dictará una sentencia que puede ser ejecutable.

“Si la anotación de demanda desempeña un papel decisivo es porque sus fines son exclusivamente de orden procesal: la anotación busca extender el alcance de la eficacia subjetiva de la sentencia con el único objeto de facilitar su ejecución...la finalidad de la anotación de demanda consistiría así en prestar a la jurisdicción el auxilio necesario para que el proceso civil pueda cumplir adecuadamente su cometido: la composición justa del entero litigio al implicar en el pleito a todos los directamente perjudicados.”¹⁹⁹

Otro tema con un significativo grado de importancia en esta medida cautelar que estamos tratando es el referente a los efectos que produce la adopción de la medida cautelar. De antemano sabemos que brinda protección al que solicita la medida y asegura la sentencia. Pero que ocurre con los asientos que fueron anteriores a la medida, y que pasa con los asientos posteriores²⁰⁰ cuando la sentencia es estimatoria o desestimatoria, como quedan los derechos del tercero adquirente frente a la medida cautelar, esto trataremos de dilucidar a continuación.

En cuanto a los efectos es menester distinguir entre efectos sobre asientos anteriores a la anotación, efectos posteriores a la anotación cuando la sentencia es estimatoria y efectos de la anotación cuando la sentencia es

¹⁹⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Las Medidas Cautelares*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid España. 1993. Editorial Mateu Cromo. P.118.

²⁰⁰ Se trae este punto en cuenta pues como sabemos la anotación preventiva de la demanda no excluye del comercio el bien jurídico anotado, y por tanto el demandado puede en algún momento disponer de el. Por tanto lo que se deberá tomar como punto de partida es si los efectos de dicho acto jurídico surten efecto o no. En un ejemplo sencillo supongamos que este en litigio el derecho de usufructuo, el nudo propietario puede perfectamente negociar con la nuda propiedad o propiedad desnuda como lo conoce la doctrina de los derechos reales.

desestimatoria en el proceso principal. Los efectos sobre asientos anteriores a la anotación de demanda, generalmente deben de tener existencia jurídica, las leyes generalmente no tienen efecto retroactivo, y no pueden lesionar un derecho legítimamente adquirido, siempre que este mediando la buena fe en la adquisición de un derecho registrable. Pero siempre tomando como parámetro que el asiento que se ataca en el proceso principal del litigio no contradiga directamente el asiento es decir no lo afecta directamente.

Ramos Méndez²⁰¹ sintetiza este punto claramente: “en este caso se puede fijar una regla general que agota las posibilidades: los asientos anteriores a la anotación preventiva de la demanda permanecen inalterados, salvo que precisamente se pida la rectificación del registro. Ello es consecuencia lógica de la propiedad mecánica de la anotación preventiva de la demanda. El asiento sobre el que se apoya la anotación permanece inalterado, porque la publicidad protectora de la anotación preventiva frente a terceros se despliega sobre la vigencia de dicho asiento. Únicamente cuando la demanda del pleito se convierte dicho asiento en *res litigiosa*, como consecuencia del ejercicio de una acción encaminada a modificarla, cancelarla, resultará afectado en el periodo de ejecución de la sentencia, al tenor de los pronunciamientos efectuados por la misma.”

Cuestión distinta sucede cuando el asiento es posterior a la anotación preventiva de la demanda en este supuesto jurídico, el asiento que se realice con el conocimiento de la anotación de demanda lo hace bajo la responsabilidad de que su derecho puede verse modificado o extinguido si es directamente contradictorio a la pretensión del proceso principal al que pertenece la medida cautelar. La pregunta que los concedores del derecho

²⁰¹ RAMOZ MENDEZ, F. *La Anotación Preventiva de la Demanda*. Barcelona Bosch, 1980. p. 85

se realizan siempre es ¿Qué pasa con la persona que ha negociado con un derecho registrable pero que realiza su registro luego de la anotación de demanda, e inclusive ha dejado transcurrir bastante tiempo desde su celebración? Ramos Méndez²⁰² considera en este punto que “el adquirente deberá actuar con diligencia a fin de registrar oportunamente su título, es decir, dentro de los términos de ley y no dejar pasar años sin registrarlos para después ir a alegar buena fe en el registro y así defraudar y dejar sin posibilidad de ejecución de la sentencia.” En síntesis tendría aplicación el principio de “primero en tiempo primero en derecho”. Cuando el registro se hizo posterior o inclusive puede pensarse que fue anterior a la anotación de la demanda pero la sentencia es de clase desestimatoria, la cuestión es mucho más sencilla, la demanda cautelar se levanta, ya no tiene razón de ser, la finalidad que cumplía ha terminado y se ha demostrado que su mantenimiento sería erróneo y por tanto no afecta los registros posteriores inclusive si este hubiese sido al momento en el cual la medida aun estaba vigente.

El siguiente cuestionamiento está relacionado con lo que sostenemos aquí: “¿Cual es la finalidad inmediata de anotación cautelar de la demanda? La respuesta afectar bienes a las resultas de un proceso. ¿Cuál es la finalidad de levantamiento de anotación cautelar de la demanda? Desafectar los bienes que estaban a las resultas del proceso.”²⁰³

4.2.6.- Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación: El artículo 436, numeral siete al enumerar esta medida cautelar

²⁰² RAMOZ MENDEZ, F. *La Anotación Preventiva de la Demanda*. Barcelona Bosch, 1980. p. 85

²⁰³ QUIROGA CUBILLOS, H. E. Ob Cit. p.271.

en realidad, ha regulado tres medidas cautelares, que tienen un significado y connotación de índole diferente. En primer lugar tenemos la cesación provisional de una actividad; posteriormente la abstención temporal de una conducta y; la prohibición de cesar de manera temporal una prestación.

Con esta regulación se ha tratado de sistematizar e incluir en la ley general medidas cautelares que se encontraban dispersas en ordenamientos jurídicos parciales, tales como la Ley de Propiedad Intelectual, ley de marcas y Otros signos distintivos y Código de comercio e inclusive puede servir de norma supletoria de la ley de competencia desleal que es eminentemente administrativa.

Se trata de medidas cautelares de muy poco conocimiento, o mejor dicho no tradicionales en referencia a las otras medidas cautelares que hemos tratado con anterioridad, su mayor conocimiento y regulación en los derechos nacionales de los Estados, está en relación a la importancia que se le esté dando al régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual,²⁰⁴ este derecho que respalda las creaciones del intelecto resulta ser el más beneficiado, con estas nuevas medidas cautelares, y no solo nos referimos a estas medidas cautelares que estamos tratando en este apartado, sino que también a las medidas cautelares que trataremos posteriormente, se hace alusión a la intervención y depósito de ingresos de

²⁰⁴ ANTEQUERA PARILLI, R. y Otros. *Propiedad Intelectual, Temas Relevantes en El Escenario Internacional*. Marco Antonio Palacios L., y Ricardo Antequera H. Editores. Centroamérica, 2000. P.1. Como una manera de aproximarse a la materia, podemos definir "propiedad intelectual", en un sentido amplio, como la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creador, así como de sus actividades afines y conexas. Este concepto *latu sensu* permite incluir en el objeto protegido a bienes incorporales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios.

actividades ilícitas, así como también al depósito de ejemplares que se creen infringiendo la propiedad intelectual.

En concordancia con lo anterior se vuelve necesario, que al momento de determinar si una de estas medidas procede en un caso determinado, requerirá de un análisis exhaustivo de las leyes que regulan esta institución jurídica; leyes de carácter nacional e internacional, estas últimas, tales como el convenio de París sobre protección de la propiedad industrial, El convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, Tratado de Budapest y su reglamento sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, Tratado de la organización mundial de propiedad intelectual OMPI, sobre interpretación o ejecución y fonogramas WPPT – 1996, Convenio que establece la organización mundial de la propiedad intelectual. Todas constituyendo leyes de la república y por tanto de vigente aplicación.

Pues bien ya advertíamos que esta enumeración determinaba tres medidas cautelares la primera de ellas es “la cesación provisional de una actividad”, se trata de entrada de imponer una carga procesal al demandado de no hacer, es decir esta diciéndole que se abstenga de realizar una actividad, que puede resultar perjudicial para el demandado.

Esta medida cautelar para su entendimiento y agotamiento debe de analizarse en un primer momento a la luz del derecho de propiedad intelectual y su regulación en leyes; segundo será importante determinar cómo se cumplirán los presupuestos al momento de adoptar las medidas cautelares y tercero quienes tendrán la legitimación activa, para pedir la medida cautelar.

El derecho de propiedad intelectual es un derecho que rinde tributo al intelecto, tiene que ver con las creaciones, creatividades e invenciones de los seres humanos, una clasificación muy importante de estos derechos es la que considera estos derechos de manera tripartita diciendo, que existen el “derecho de autor”, “los correspondientes a la producción comercial” y por último los atinentes a “la creación técnica”.²⁰⁵ La doctrina reconoce en estos derechos el “principio de exclusividad”²⁰⁶, que tiene especial importancia en referencia a esta medida cautelar; este principio reconoce la facultad de explotar solo por el titular del derecho los beneficios económicos y morales que este lleva en si mismo.

Tradicionalmente se ha entendido que la medida cautelar de cesación provisional se aplica sobre violaciones al derecho de marca, aunque no es la única, por ello GINER PERREÑO,²⁰⁷ la define como aquella “por la que el titular de la marca presuntamente usurpada (entendiendo por usurpación en el amplio sentido de violación del derecho de exclusividad que pertenece a su titular) solicita del juez que dicte un mandato requiriendo al usurpador a

²⁰⁵ ANTEQUERA PARILLI, R. y Otros. OB. Cit. Pp.6 a 7. El “Derecho de autor” propiamente dicho, sobre las obras artísticas, científicas y literarias, a las cuales agregaríamos los “derechos conexos”, vecinos o afines, según la terminología empleada por las distintas legislaciones, entre ellos los de artistas, interpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Los correspondientes a la “producción comercial” incluidas las marcas de fabrica, de comercio y de agricultura, las denominaciones y los lemas comerciales.

Los atinentes a la “creación técnica”, es decir, la comprensiva a las invenciones industriales y los descubrimientos, y que en algunas leyes se extiende a los llamados “modelos de utilidad”.

²⁰⁶ A este principio hace referencia el artículo 7 de la ley de propiedad Intelectual estableciendo: “El derecho económico del autor es el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de sus obras, así como la facultad de percibir beneficios económicos de la utilización de las obras”. Ley de Propiedad Intelectual. D. L 985 D. O.58. Así también el artículo 5 Inc. Uno de la ley de Marcas Y Otros Signos Distintivos D. L.986 y D. O 58. nos habla de este principio: “La propiedad de las marcas y el derecho a su uso exclusivo se adquiere mediante su registro de conformidad con esta Ley.”

²⁰⁷ GINER PERREÑO, Cit. Por GIL SAEZ, J. M^a. Y Otros. *El Tratamiento de la Marca en el Tráfico Jurídico-Mercantil*. Consejo General del Poder Judicial. España, 1994. P. 247.

que se abstenga del uso de la marca en tanto que en el juicio plenario se dicte sentencia.

Su finalidad principal es mantener el “statu quo” existente antes del comienzo de los actos de violación del derecho de marca, hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso, dado que la actuación del presunto usurpador puede generar una situación de hecho en el mercado, que perjudique o destruya la posición competitiva de la empresa solicitante cuya reparación no podrá obtenerse por una condena de indemnización de daños y perjuicios.” Sin embargo la cesación provisional no solo se aplica a la violación de marcas; es cierto que en este es donde mayor aplicación tiene y va a tener en la práctica jurídica de los tribunales salvadoreños pero no va ser exclusivo de este, su protección se extenderá tanto a las patentes como a los derechos de autor y derechos conexos.

Entrando más en detalle en el estudio de esta medida cautelar, como ya se advertía trata de mantener el estado actual de las cosas, de que determinada actividad rentable de la sociedad que le genera beneficios económicos se mantengan tal y como esta, en la protección de las marcas²⁰⁸ es muy visible este punto, “nótese que la marca es un importante *activo* de la empresa...las cautelas en supuestos de marcas vienen aconsejadas por la pérdida de la imagen que puede suponer la introducción de otro producto (de mas bajo precio y quizá de peor calidad) influyendo negativamente sobre aquella otra marca cuyos costes de introducción y publicidad son importantes y han sido conseguidos tras años de esfuerzos y trabajo. Dado la permanente “agresividad” de la competencia pueden erosionar e incluso

²⁰⁸ Art. 2 inciso 5, Ley citada: Marca: Cualquier signo o combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se apliquen frente a los de su misma especie o clase.

eliminar la competición de los productos amparados por aquella marca que los distinguía y otorgaba credibilidad en su producción y calidad.”²⁰⁹

La violación de una marca legalmente registrada conforme a la legislación salvadoreña en muchas ocasiones por medio de la competencia desleal no solo daña los intereses de la sociedad comerciante, sino que también los intereses del consumidor²¹⁰, a diferencia del caso de las patentes, “la protección del derecho de propiedad industrial sobre nombres comerciales, rótulos, y sobre todo marcas, no defiende solo el legítimo interés de su titular, sino, además, el de los posibles consumidores o usuarios de esos productos o servicios. Los fraudes en este campo, no solo atentan contra el titular a quien perjudican económicamente. También vulneran el derecho de los consumidores y usuarios a conocer quién es el autor de los productos y servicios, con la garantía que ello conlleva en cuanto a su calidad.”²¹¹Inclusive sobre los efectos negativos de la competencia se habla de que no solo debe de entenderse que daña al comerciante o consumidor sino que al “mercado”. Como lo afirma Alberto Bercovitz, “pero también se ha puesto de relieve que la protección de los consumidores se vincula con la protección del propio sistema competitivo. En efecto, constituye un principio esencial de la economía de mercado que es el consumidor el que actúa de árbitro, el que da éxito a los competidores, puesto que es él, con la elección, el que adquiere los productos o servicios de uno otro de los empresarios que participan en el mercado. El consumidor, el cliente, es el rey del mercado.”²¹²

²⁰⁹ BARONA VILAR, S. VALL GOMBAU, J.F y Otros. *Las Medidas Cautelares*. 1ª edición, Madrid, España, 1993. Consejo General del Poder Judicial. P. 385

²¹⁰ CÓDIGO DE COMERCIO D. O. 140. D. L. Tomo 228. En los artículos 491 al 497, aluden a la situación planteada, pues la competencia desleal afecta a los intereses de los consumidores y del comerciante.

²¹¹ GARCIA-LAJARA, E.C. (Coordinador). *Manual Practico de Medidas Cautelares*. Procesos Constitucionales, Ordinarios y Especiales. Editorial Comares. España 2000. P.87.

²¹² BERCOVITZ, A. y Otros. *Propiedad Intelectual*. Ob Cit. P. 116.

Terminando la relación cesación provisional, marcas y competencia desleal es de suma importancia establecer que el simple proceso jurídico principal no puede restaurar la situación fáctica de relación entre cliente y comerciante, debido a que el proceso principal dará al demandante si es el caso, una indemnización por daños y perjuicios, no así la relación consumidor y comerciante, convirtiéndose la Medida Cautelar de Cesación provisional como el mecanismo más idóneo para tutelar este derecho o más bien una tutela efectiva de los derecho subjetivos, consagrados en la misma constitución.²¹³ Tal y como lo concluye José Miguel Sáez, “de lo hasta ahora expuesto, se desprende que la protección cautelar de la marca y el principio de la competencia leal persigue, no solo asegurar la efectividad de la sentencia que en su día recaiga en el proceso principal, sino también, evitar la generación de una situación fáctica de carácter irreversible, por cuanto que su restauración no se obtiene a través de la sentencia.”²¹⁴ Lo mismo puede decirse en el caso de los signos distintivos que desempeñan una función similar al de las marcas, sobre el cual los comerciantes tienen idénticos derechos igual que sobre las marcas.²¹⁵

Relación importante se encuentra también en la Cesación Provisional y la Patente,²¹⁶ cuya protección nacional la encontramos a nivel de La Ley de

²¹³ Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral. Constitución de La Republica de El Salvador. D. O.234. Tomo 281. de 1983.

²¹⁴ Ob. Cit. P.235.

²¹⁵ Art. 2. Inc. Segundo, de la ley de marcas y otros signos distintivos: Signo distintivo: Cualquier signo que constituya una marca, una expresión o señal de publicidad comercial, un nombre comercial, un emblema o una denominación de origen.

²¹⁶ CASTAÑEDA, J. A. y Otros. *Propiedad Intelectual*. Ob Cit. P.85. “Las patentes se definen como un derecho que otorga el Estado a personas físicas o morales, para producir o utilizar en forma exclusiva y durante un plazo fijo, o través de un tercero bajo licencia un producto o

Propiedad Intelectual y a nivel Internacional a través del Convenio de Paris sobre Protección de Propiedad Industrial, ambos vigentes en El Salvador; en la ley de Propiedad intelectual se encuentra regulado en los artículos 90 y 91, en donde se deja claro que se puede solicitar también esta medida cautelar, en el caso de las patentes, ante los tribunales nacionales con competencia en lo Civil o Mercantil, no obstante que es posible también la implementación de otras medidas cautelares siempre y cuando sean idóneas.

En referencia al convenio de Paris sobre protección de la Propiedad Industrial, es muy importante, establecer el reconocimiento de un privilegio temporal a cambio de que la invención sea divulgada, como parte del procedimiento para evaluar la novedad. Esto significa el derecho de uso exclusivo para usar y explotar con fines comerciales una invención protegida. De igual manera, establece la independencia de las patentes, aspecto conocido como principio de territorialidad, que significa que ningún país está obligado a conceder una patente sólo porque otro país la haya otorgado, siendo decisión soberana del Estado concederla o negarla; establece además el principio de trato nacional, es decir, la no discriminación para los extranjeros, en el sentido de exigir igualdad de requisitos tanto a nacionales como a extranjeros, así como también la mención de los inventores en la patente de invención.

Punto muy importante también se encuentra al determinar los presupuestos concretos para la adopción de la medida cautelar de cesación provisional, en los casos arriba planteados la exigencia en cuanto al *fomus boni iuris* es casi de manera idéntica, pues exigirá, en el mayor de los casos el comprobante del registro del derecho que se pretende tutelar, así como la

proceso que haya ya sido desarrollado por dicha persona. Las patentes son la figura jurídica más importante para proteger tecnología. Son tecnología protegida legalmente.”

comprobación de que el registro aun la ampara, en la exigencia del *periculum in mora* en el caso de las marcas y otros signos distintivos pues es la relación de cliente y comerciante que ya apuntábamos, en el caso de las patentes, derechos de autor y derechos conexos, la credibilidad, garantía y respeto que se ve dañado cuando se utiliza por otro el derecho que a estos corresponde de una manera exclusiva y sobre todo la degradación en su imagen como comerciantes o en su caso como artistas.

La legitimación activa²¹⁷, al momento de solicitar esta medida cautelar la encontramos, al determinar si el derecho que se protege ostenta tal calidad y lo pide quien tenga la titularidad. Es decir si la ley exige un registro habrá que ver si el registro esta en legal orden; así el derecho sobre la marca se adquiere según el artículo 5 de esta ley mediante el registro correspondiente, y para ello debe de haberse seguido el proceso administrativo para su registro, comprendidos en el artículo 10 al 20, de esta ley. Esto de la titularidad es importante sobre todo en estos casos, pues cabe la posibilidad que se esté solicitando protección donde no amerita, como en los casos de nulidad de marca o de patente, donde no hay motivo para solicitar una medida cautelar si el objeto sobre el que recae no ha nacido a la vida de manera eficaz, o en los casos en donde el tiempo de protección a caducado y no se ha renovado, sería el mismo caso, pues no hay por que proteger al que no se ha querido cautelar por sí mismo.

²¹⁷ SENTENCIA DEFINITIVA, Ref. 45-13C1-2003 de fecha 08/09/2003, Cámara Primera De Lo Civil De La 1ª. Sección Del Centro, San Salvador. La legitimación necesaria para promover un juicio, tiene por objeto poner de manifiesto que el actor es titular de la relación jurídica sustancial en que se fundamenta la pretensión; dicha falta de legitimación, tiene que aparecer de manifiesto de la propia exposición del actor, o sea de los documentos presentados con la demanda.

La valoración de la existencia del interés está desconectada con el hecho mismo de la concesión de la tutela. La valoración de la presencia de un interés ha sido hecha ya por el legislador en el momento en que ha predispuerto cada una de las formas de la protección jurídica.

La jurisprudencia de la sala de lo civil esta con la misma postura, por ejemplo en el caso "RAF S. A. de C. V. versus "Foto Rápida, Sociedad Anónima de Capital Variable", decidió no casar una sentencia, en donde la primera solicitaba al más alto tribunal la admisión del recurso por motivos de "infracción de ley" y acusando a la segunda en instancias inferiores de "competencia desleal" ,pero como tercero, sosteniendo que esta estaba utilizando la Marca "Quik Foto" de manera no permitida y sosteniendo que dicha marca era objeto de competencia desleal y por ello solicitaban la restauración de daños y servicios, por haberla registrado en Guatemala, mas no en El Salvador; la defensa de "Foto Rápida, Sociedad Anónima de Capital Variable", estuvo siempre amparada sobre el registro de la marca "Quik Foto" y que la había adquirido precisamente de la recurrente en este caso, que se encuentra sustentado en el registro de marcas de El Salvador, por lo tanto la sala de lo civil no casa la sentencia y condena en perjuicios al recurrente.²¹⁸

También en el caso del derecho marcario se dan casos en los que se protege la "marca notoria" situación aceptable también por nuestra legislación salvadoreña, un caso ilustrativo es el referente a "PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC.", versus "PIEL Y CALZADO, S. A. DE C. V.-, pidiendo la primera la anulación de la marca "COASTER", que se encontraba a favor de la segunda, y que fue reconocida por el tribunal de primera instancia, mas no por el tribunal de segunda instancia por no ser idónea la prueba presentada,

²¹⁸ Cas.1383 S. S. "según aparece en el proceso, le fue denegada a la sociedad tercerista la inscripción en el Registro de Comercio de este país, el nombre comercial "Quick Photo", por encontrarse ya inscrita a favor de otra Sociedad; por lo que no puede alegarse derecho preferente como pretende dicha Sociedad, sobre la inscripción que del mismo nombre comercial tiene la sociedad demandante en este país, y por lo tanto, mucho menos puede hablarse de violación de garantías constitucionales, según expresa la apoderada de aquella sociedad en sus alegatos de fs.44 v. De este recurso, quedándole a salvo su derecho para promover el juicio que corresponda."

para acreditar que esa marca es notoria no obstante no estar registrada. La sala de lo Civil admite el recurso, lo analiza y determina que el juez de segunda esta a su ver en lo correcto, por tanto no casa la sentencia. Con esto lo más importante es saber determinar que también la marca notoria está protegida pero requiere de su correcto acreditamiento en el proceso, no solo alegarlo llanamente.²¹⁹

Habiéndose agotado el punto sobre la cesación provisional de una actividad, es momento de hacer un esfuerzo jurídico por analizar la “abstención temporal de una conducta”, consistente también en una carga procesal de no hacer, pero a diferencia de la anterior en referencia a la cesación provisional, en este caso se trata de una conducta que aun no se está produciendo, es decir no tiene existencia física aun, pues es precisamente lo que quiere evitar el solicitante de la medida cautelar. Esta medida cautelar tendrá mayor aplicación antes de interponer una demanda, pues ya que el solicitante se ha dado cuenta de una conducta que le va perjudicar quiere que el daño ocasionado futuro a producirse no se realice,

²¹⁹ Casación 1682 S.S. “En el caso en análisis, interesa determinar primeramente la idoneidad o no de la prueba testimonial, para el establecimiento del criterio estipulado en el literal a) del párrafo que precede. En tal sentido, esta Sala coincide con el criterio aplicado por la Cámara Sentenciadora, ya que la prueba testifical sí constituye prueba idónea para establecer la notoriedad de una marca; pero en el caso sub-lite de las mismas deposiciones de los testigos, en las que por un lado, el primero de ellos, afirma que es su hermano el que está involucrado en el sector del calzado; y por el otro, el segundo de los declarantes es un simple consumidor, y la comercialización de la marca COASTERS por las tiendas PAYLESS, le consta por publicidad dada en otros países (por "cable de televisión"); se concluye que ambos son sujetos desvinculados del mundo del calzado; por tanto, siendo que doctrinariamente es aceptado como prueba de la notoriedad de una marca, la prueba testimonial siempre y cuando los testigos pertenezcan a la comunidad o sector de usuarios de los bienes o servicios que comúnmente suelen utilizar dicha marca, sus declaraciones no pueden merecer fe. Consecuentemente, dicho tribunal sí efectuó –a criterio de la Sala- un correcto análisis de la prueba testimonial, por lo que no es posible la configuración de la infracción alegada. En tal virtud, pues, por el sub-motivo error de derecho en la apreciación de la prueba, no procede casar la sentencia de que se ha hecho mérito.”

algo muy bien pensado por el legislador, pues si tiene razón el solicitante no habrá derecho a pedir grandes indemnizaciones por daños y perjuicios, pues la conducta que se reprime no se ha producido aún.

La situación fáctica sobre la que recae pueden ser los mismos supuestos de la medida cautelar anterior, pero como se afirmaba anteriormente también, no serán los únicos supuestos, es decir no solo puede aplicarse a la protección de los derechos de propiedad intelectual, sino que habrán muchos derechos más protegidos con esta medida cautelar, siempre cuando sean idóneas y necesario, argumento sustentado por el principio de universalidad de la aplicación regulado en el artículo 431 del CPCM, tema tratado con anterioridad en esta investigación. Un ejemplo claro puede ser en abstenerse de lanzar a la audiencia una campaña publicitaria sobre un producto determinado.

No obstante lo anterior nuestra legislación nacional establece un caso de aplicación de esta medida cautelar en el artículo 96 al 99 de la ley marcas y otros signos distintivos, se trata de las mercancías que se encuentren en aduana y que se sospeche que han sido creados con violación del derecho de exclusividad de la marca, aquí es completamente idónea la medida como puede verse al solicitarse esta medida se está suspendiendo la entrada de la mercadería al país o la salida de este impidiendo su comercialización, situación que le beneficia al solicitante de la medida cautelar pues la relación comerciante y consumidor aun no ha sido dañada, se estaría anticipando con esta medida la situación fáctica que protege la cesación provisional.

Comentando mas a profundidad estos artículos, vemos que el artículo 96 Inc. uno establece la situación cautelable mediante la suspensión Art. 96.-

El titular del derecho podrá solicitar al tribunal competente que suspenda la importación, exportación o movimiento en tránsito de mercancías de marcas presuntamente falsificadas o confusamente similares, debiendo presentar pruebas suficientes que demuestren a satisfacción del tribunal competente, que existe una presunción de infracción de su derecho de propiedad intelectual y que ofrezca información suficiente de las mercancías que razonablemente sea de conocimiento del titular del derecho, de modo que éstas puedan ser reconocidas con facilidad. El requisito de proveer suficiente información no deberá disuadir el recurso a estos procedimientos.

Como se ve hay un peligro inminente si la mercancía sale del país o ingresa. Como puede también interpretarse el *fumus boni iuris* está presente en este inciso cuando exige el acreditamiento del derecho que pretende proteger el solicitante a través de esta medida, lo más probable es que se adjunte a la medida cautelar la escritura pública debidamente registrada en donde deberá constar el giro de la empresa y los bienes o productos amparados con su marca; así también será necesario la constancia del registro de la marca a nombre del comerciante que la solicita.

Mención especial merece el inciso cuatro que dice: “Las medidas en frontera podrán ser ordenadas de oficio con respecto a la mercancía importada, exportada o en tránsito, que se sospeche que infringe un derecho de propiedad intelectual, sin requerir solicitud formal por parte del titular del derecho o por parte de un particular.” Se manifiesta que es importante por el carácter oficioso de la medida que puede darse en este caso, pues contradice completamente el carácter rogatorio de la medida cautelar establecido en el artículo 432 del CPCM. En humilde opinión esta contradicción debe resolverse a través de la interpretación del derecho en el sentido de que existe una derogación tácita de este inciso, pues en primer

lugar la ley de reciente creación deroga a la anterior y segundo tal y como lo establece el artículo 705 Inc.2º del CPCM, aquellas leyes que aún se encuentren vigentes lo serán siempre y cuando no contradigan los principios que inspiran el Código Procesal Civil Y Mercantil.

Análisis idéntico merece el artículo 97 de la Ley De Marcas Y Otros Signos Distintivos, pues el inciso 1º dice: “Si la acción no fuese entablada dentro de los diez días hábiles siguientes a la imposición de la medida relacionada en el artículo anterior, ésta quedará sin efecto de pleno derecho, quedando el actor sujeto a lo establecido en el inciso último del presente artículo. En casos debidamente justificados ese plazo podrá ser prorrogado por diez días hábiles adicionales.” Este al igual que en el caso anterior debe ser interpretado como el caso anterior pues no serán diez días o veinte el plazo para interponer la demanda en caso de que la medida cautelar se hubiese interpuesto como diligencia preliminar, sino que un mes de acuerdo al artículo 434 del CPCM.

En el caso de la Ley de Propiedad Intelectual, y específicamente cuando se refiere a las medidas cautelares que protegen a los derechos de autor, regula el caso anterior exactamente el referente a la medida cautelar en aduana para lo que vale el mismo análisis al cual nos remitimos (Art.91 inciso 5 al 11), pero también hace alusión a otra situación jurídica cautelable es el caso de la suspensión de un “espectáculo público” dándole competencia al juez de paz para poder solicitar ante él esta medida, (Art.91 Inc. 3); medida que resultara muy útil, como siempre previendo el agravamiento de los daños y perjuicios, al titular del derecho de autor.

Como medida cautelar positiva, es decir, manda a hacer una determinada prestación se encuentra la “prohibición de no cesar o de no

abstenerse en una prestación que se esté llevándose a cabo, a diferencia de las dos anteriores, la actividad que se está llevando la considera, el solicitante de la medida cautelar, de carácter lícita y por tanto quiere que siga reproduciéndose en el tiempo, no hay por qué parar la prestación, pues hacerlo precisamente sería lo ilícito. Silvia Barona Vilar lo afirma de la siguiente manera: “Se cautela con esta medida una obligación de hacer, consistente en continuar realizando lo que se estaba haciendo (Por ejemplo un contrato de suministro, en el que la interrupción de la cadena de suministro implicaría la imposibilidad de realización de un determinado producto; la medida cautelar consistiría en prohibir temporalmente la interrupción o la cesación del contrato de suministro). Con esta medida se consigue que durante la tramitación del proceso continúe desempeñándose la actividad o conducta, dado que la cesación o interrupción de la misma causaría un daño probablemente irreparable para el actor.”²²⁰

El *Periculum in mora*, en estos casos es muy difícil de determinar así a secas, más debido a la abstracción que de la técnica legislativa se ha utilizado en la regulación de esta medida cautelar por ello la situación fáctica tutelable dependerá del caso concreto objeto de análisis del juzgador. El *fumus boni iuris* o la verosimilitud del derecho cabe la misma afirmación que en el caso del otro presupuesto, no hay una situación concreta a tutelar, por ello no se puede anticipar y predecir situaciones futuras pues estas solo dependerán o podrá determinarse a tenor del juez en el caso concreto.

Como es verosímil en estas medidas cautelares es que las tres, tanto la cesación provisional, la abstención temporal de una conducta y la prohibición de no cesar una prestación es que todas sin excepción tienen el

²²⁰ Ob. Cit. P.857.

carácter de no innovativas, ante todo tratan de desplegar sus efectos a mantener un *status quo* de la situación cautelable tal y como lo hemos analizado, por eso afirmábamos que al adoptar una medida cautelar por parte del juez a solicitud de parte, y utilizando su poder de imperio impone una obligación de hacer o de no hacer, aunque lo más correcto es que se hable de carga procesal de hacer y no hacer respectivamente.

“Estas medidas cautelares tienen un carácter conservativo, en cuanto pretenden mantener *el status quo ante bellum* durante la litispendencia, de ahí que algún sector de la doctrina ha venido denominando a este tipo de medida como no innovativas, en cuanto dirigidas a obstaculizar el cambio de la situación jurídica existente.”²²¹

4.2.7.-Intervención y Depósito de ingresos que provenga de actividad ilícita: Habiendo agotado las medidas cautelares correspondientes al ítem anterior es oportuno adentrarse al análisis de esta otra medida cautelar, que al igual que las anteriores está muy ligada a la protección del derecho de propiedad intelectual. Se trata de acuerdo a la conjunción “y” de dos medidas cautelares que pueden actuar juntas o separadas, eso quedará a disposición de la solicitud o si serán idóneas o efectivas, lo que determinará su adopción, o no, será entonces lo que afirmábamos, y si no, siempre teniendo en cuenta la onerosidad de la medida. A través de estas medidas se pretende cautelar pretensiones patrimoniales ejercidas ante la explotación ilícita de un derecho de propiedad intelectual afines o conexos.²²²

La intervención ya fue tratada con anterioridad, a los comentarios anteriores se remite al lector, sin embargo aquí se trata de un caso

²²¹ BARONA VILAR, S. y Otros. Ob. Cit. P.875.

²²² ÍDEM. P.87.

específico, se refiere a actividad ilícita, mientras que en la intervención que se hablaba anteriormente proviene precisamente de actividad lícita, proveniente de un crédito que consta en contrato de mutuo probablemente, y queriendo cobrarse con las utilidades que pueda generar el negocio o bien intervenido. La intervención actuará como una medida eficaz para determinar el lucro que obtuvo una persona física o moral al momento de obtener ilícitamente beneficios con un derecho que en la mayoría de casos no tenía derecho a explotarlo.

El depósito constituye, una medida complementaria, la cual sencillamente ordenará depositar, la cantidad que se determinó a través de la intervención. El objeto principal de esta medida no es proteger el derecho violado mas bien, su objeto va identificado con el hecho de que aquel que se benefició de un derecho que uso ilícitamente, no tiene por que apropiarse de sus beneficios o ganancias, sería injusto a la luz de la protección de los derechos de propiedad intelectual que esto ocurriera a la inversa, es decir que el infractor se quedare con las ganancias ilícitas.

Mención especial merece el hecho de que en esta medida cautelar haya hecho referencia a una “actividad ilícita”, lo más razonable es pensar de que cuando se hace alusión a esta medida se tenga en mente que es el “ilícito civil”, no obstante que el derecho penal salvadoreño también extienda su protección a estos derechos, véase los artículos 226, 227, 228 y 229;²²³

²²³ CÓDIGO PENAL. Decreto Legislativo No. 617 de fecha 30 de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 379 de fecha 30 de abril de 2008. VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Art. 226.- El que a escala comercial reproducere, plagiare, distribuyere al mayoreo o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria o artística o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o fuere comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

por razón de la materia aquí hablamos de ilícito civil, como una fuente obligacional de responsabilidad jurídica, de esta manera lo regula el código civil vigente en El Salvador, específicamente el artículo 1308 el cual dice: *“Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley”*.²²⁴ Pues una cosa es el ilícito civil y otra el ilícito penal, el primero busca una sanción pecuniaria, mientras que el segundo no le basta la sanción pecuniaria sino que una sanción de carácter personal denominada pena, una diferencia más específica sobre el ilícito civil y el penal es la constatación de un daño, el daño en materia civil, es esencial para que exista ilicitud, sin embargo en penal el daño puede o no ocurrir, vale con la simple puesta en peligro de un bien jurídico protegido, por ello es que

En la misma sanción incurrirá, el que a escala comercial importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Escala comercial incluye la infracción dolosa significativa de derecho de autor y derechos conexos, con el fin de obtener una ventaja comercial o ganancia económica privada, así como la infracción dolosa que no tenga una motivación directa o indirecta de ganancia económica, siempre que se cause un daño económico mayor a una infracción de poco valor.

VIOLACIÓN AGRAVADA DE DERECHOS DE AUTOR Y DE DERECHOS CONEXOS Art. 227.- Será sancionado con prisión de cuatro a seis años, quien realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1) Usurpando la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución; 2) Modificando sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor; y, 3) Si la cantidad o el valor de la copia ilícita fuere de especial trascendencia económica. **VIOLACIÓN DE PRIVILEGIOS DE INVENCION Art. 228.-** El que con fines industriales o comerciales y sin consentimiento de titular de una patente o modelo de utilidad, fabricare, importare, poseyere, ofreciere o introdujere en el comercio objetos amparados por tales derechos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma sanción se aplicará a quien con los mismos fines utilizare un procedimiento o diseño industrial protegido por un registro, sin la autorización del titular o sin la licencia respectiva u ofreciere o introdujere en el comercio o utilizare el producto directamente obtenido por el procedimiento registrado. **VIOLACION DE DISTINTIVOS COMERCIALES Art. 229.-** El que con fines industriales o comerciales, y sin el consentimiento del titular, reprodujere, imitare, modificare o de cualquier modo utilizare marca, nombre comercial, expresión, señal de propaganda o cualquier otro distintivo comercial, infringiendo los derechos amparados por la propiedad industrial registrada conforme a la ley, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

En la misma sanción incurrirá quien, exportare, importare, poseyere para su comercialización o pusiere en el comercio, productos o servicios marcas o con distintivos comerciales que, conforme al inciso anterior, constituyere una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos.

²²⁴CÓDIGO CIVIL. . D.E. del 30 de Abril de 1860.D. O. del 19 de Mayo de 1860.

existe el delito tentado.- Santos Cifuentes²²⁵ referente a este tema nos expresa: “sin daño en derecho privado, no hay *stricto sensu*, acto ilícito pues este derecho tiene por finalidad resarcir, no reprimir o punir. Es decir que, en sentido estricto, el hecho ilícito civil, requiere la antijuridicidad, la voluntad del sujeto, el daño, el factor subjetivo (imputación por dolo o por culpa) u objetivo (responsabilidad por vicio o riesgo), y la relación de causalidad, elementos estos últimos que se estudian más adelante. A diferencia de lo expuesto, el hecho ilícito penal, se contrapone a una ley en sentido formal o rígido, o a la ley penal, que dicta el congreso de la nación. No requiere daño (delito de tentativa) y puede ser doloso o culposo.

El daño del hecho ilícito en derecho privado, puede ser material o moral, presente o futuro. Es material cuando se traduce en daño emergente (por ejemplo, pérdida de la cosa; gastos para curación; gastos para reparar las cosas), o en lucro cesante (utilidad o ganancias perdida por causa del hecho ilícito). Es moral, cuando afecta valores inmateriales no mensurables en dinero (como la fama o el honor; daños en general a los derechos personalísimos; pérdida de cosas que tienen valor afectivo). El daño también puede ser presente o actual, cuando el perjuicio se irroga al cometer el acto o inmediatamente después o futuro, cuando no se ha producido todavía pero no cabe duda que sobrevendrá.”

En esta medida cautelar, el *periculum in mora* consistirá en el riesgo de que el demandado teniendo ya conocimiento del proceso en su contra, mueva o traslade el lucro obtenido o lo transfiera, es decir que el dinero que había obtenido ilícitamente y por tanto ya no se podrá recuperar. El *Fonus Boni iuris* tendrá que ir motivado siempre con la acreditación de que ese

²²⁵ CIFUENTES, S. Elementos de Derecho Civil. Parte General. 4ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Argentina Buenos Aires. Pp. 261-262.

ilícito le daña directamente a sus intereses patrimoniales. Si es por ejemplo con violación de una patente, será la acreditación con el registro respectivo.

4.2.8.-Depósito de ejemplares de las obras u objetos que infrinjan propiedad intelectual o depósito de las cantidades como pago: El artículo 436, referente al catálogo de las medidas cautelares, en su último numeral hace mención de dos medidas cautelares. Tenemos en un primer momento el depósito de los ejemplares y el material empleado para su fabricación de objetos que hayan sido creados violando la propiedad intelectual o industrial; posteriormente hace mención al depósito de las cantidades que se adeuden por el uso de la propiedad intelectual.

En la primer medida cautelar a la que se hace referencia la medida cautelar va dirigida a recuperar esos objetos que han sido creados sin el consentimiento previo del titular del derecho de propiedad intelectual o industrial. El depósito de estos objetos como puede apreciarse será temporal, lo más probable es que se destine luego de pasada la controversia y comprobando que en realidad si ha habido lugar a la violación del derecho de propiedad industrial a la destrucción tal y como lo afirma el artículo 99 de la ley de marcas o si es el caso y el titular del derecho lo permite designarlos a la caridad, previa remoción de la marca, pero nunca podrán acceder al mercado ya que recordemos que el material empleado en su elaboración no le pertenece al titular de la marca y tampoco su fabricación no fue legítima. En cuanto a la ley de propiedad industrial, el apartado referente a patentes hace mención a esta medida, específicamente el artículo 172 lit. c. que dice “c) El embargo de los objetos resultantes de la infracción y de los medios que hubiesen servido predominantemente para cometer la infracción”, así también hace referencia a la destinación de esos productos, destinándolos a la destrucción.

Silvia Barona Vilar nos da un ejemplo claro en los casos de esta medida, “por su parte, los objetos sobre los pueda recaer esta medida cautelar son: a) Obras, entendiendo por tales los ejemplares producidos o utilizados en materia de propiedad intelectual. Al solicitante le interesan que dejen de producir estos ejemplares o que se sigan produciendo para sufragar una condena posterior a prestación patrimonial. Para la primera finalidad el depósito de los ejemplares es perfectamente útil; para la segunda, podría serlo también, con el fin de venderlos para beneficiarlo de las ventas; b) Objetos creados a través de la explotación de una patente o de una marca, existiendo un interés de no continuidad de la explotación de las mismas y, por tanto de expansión en el mercado, y c) Material, entendiéndolo en sentido amplio, esto es, tintes, papeles, tampones, grabados, planchas, ordenadores, diskettes, cintas, videos, CDs, entre otros.”²²⁶

La segunda medida cautelar, es decir el “deposito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual” su dicción es muy similar a la intervención y depósito del que nos habla la medida anterior, sin embargo se trata de dos medidas cautelares diferentes en cuanto a la situación fáctica a tutelar, como podrá recordarse aquella provenía de una actividad ilícita, esta al tenor de la interpretación literal de lo que establece el artículo, no proviene de una actividad ilícita, más bien de una actividad completamente legal o lícita, lo más probable es que en el juicio principal se pretenda el pago de ciertas cantidades que el demandado no quiera aceptar, y por tanto se requiere el pago por consignación que es una manera de extinguir las obligaciones, con la finalidad a la vez de rescindir el contrato.²²⁷

²²⁶ BARONA VILAR, S y Otros. Ob Cit. 881 a 882.

²²⁷ CÓDIGO CIVIL. D.E. del 30 de Abril de 1860. D. O. del 19 de Mayo de 1860. Véase los artículos 1468 a 1477, que tratan del pago por consignación. Art. 1468.- Para que el pago

Silvia Barona Vilar da nuevamente un panorama claro, en esta medida cautelar haciendo mención: “en este caso, la conjunción “o” refleja que nos hallamos ante la misma medida cautelar. Con ellas se pretende también garantizar efectividad y ejecución de una eventual sentencia estimatoria de una pretensión económica —la obligación de remuneración en los casos en que un contrato o la misma ley establezcan una obligación de este carácter. En este caso, como la remuneración viene legal o contractualmente determinada, no hace falta la intervención, sino que basta con la consignación o depósito de las cantidades que se adeudan (que son el determinante cuantitativo de la pretensión económica en el proceso principal) en concepto de remuneración.”²²⁸

Como última observación ha este apartado, solo queda por decirse que tal y como se ha abordado el tema, se ha puesto énfasis especialmente en las medidas cautelares reguladas en numerales siete y ocho del artículo 436 CPCM, la protección del derecho de propiedad intelectual, que tal y como también se había dicho comprende el derecho de autor, el derecho industrial e inclusive el de marcas y signos distintivos. Sin embargo es ético que digamos que no obstante que el CPCM es de reciente vigencia y nueva ley en nuestro país, aun no se ha abordado temas que tienen que ver con la propiedad intelectual y el Internet o ciberespacio, el código no menciona nada referente a esto. “Por todos es conocido, las modificaciones que el Internet ha traído a los diferentes campos de la propiedad intelectual. Ello se debe a múltiples factores, entre ellos el hecho de que la colocación de un mensaje World Wide Web permite su percepción en cualquier lugar del mundo a través de una computadora que esté conectada al ciberespacio,

sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación.

²²⁸ BARONA VILAR, S y Otros. Ob Cit. P. 878. Véase también, Derecho Jurisdiccional, Ob Cit. P.673 a 674.

este defecto es contrario con el principio fundamental de los derechos de propiedad intelectual: el principio de territorialidad.

En el campo del derecho de marcas dos son las áreas donde se están generando una serie de conflictos. En primer lugar, la utilización de marcas ajenas en Internet. Debido justamente al principio de territorialidad, no es inusual que existan dos signos idénticos para distinguir los mismos productos o servicios a nombre de dos titulares diferentes en diferentes países. Mientras cada marca sea utilizada en el territorio donde merece protección, ambas coexistirán sin problema alguno. Las controversias van a surgir cuando una empieza a utilizarse en el territorio de la otra”.²²⁹

Hay escritores que ven el Internet una reproducción más que puede violar o no el derecho de propiedad intelectual, es decir lo conciben como un medio más de reproducción, sin embargo también resaltan el problema existente y recomiendan la mejoría en este punto y por lo tanto le pueden ser aplicables las leyes con vigencia actual, tal y como lo aborda Gilberto Moncada Vigo²³⁰ y nos dice “el autor de una obra original tiene facultades para reproducirla materialmente, publicarla, adaptarla, explotarla comercializarla o vindicar la paternidad, porque por el solo hecho de crearla, en ese momento y sin solemnidad alguna la incorpora a su patrimonio.

La redes telemáticas han “desmaterializado” las obras creadas por los autores, ya que las creaciones originales digitales o digitalizadas se reproducen, circulan y se distribuyen rápida y electrónicamente, sin que se materialicen, como se hacía anteriormente, en un soporte físico concreto o

²²⁹ CASTAÑEDA, J. A. y Otros. Ob cit. P.204.

²³⁰ MONCADA VIGO, G. *Delitos Informáticos*. Sin editorial. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Primera edición, Lima, Perú 2001.P82.

en alguna de las formas envasadas que históricamente han contenido las obras artísticas e intelectuales, haciéndose sumamente fácil que sean ilícitamente reproducidas, transformadas y copiadas con fines comerciales o “pirateados”, sin que exista diferencia alguna entre un original y una copia electrónica.

Teóricamente la leyes autorales pueden ser aplicadas a Internet, ya que las redes telemáticas simplemente son nuevas formas de reproducir el espacio virtual, mediante soportes magnéticos libros, cuadros, canciones, programas computacionales, etc.”

En síntesis en materia de propiedad intelectual, si bien produce muchos beneficios tales como la publicidad al igual puede generar muchos perjuicios o inconvenientes a los titulares de un derecho intelectual, la idea está presente, los conflictos pueden darse, cuando llegue el momento y las problemas respectos a estos temas salgan de su curso normal es decir se agraven las violaciones a estos derecho solo entonces se pensará en hacer algo. Por el momento no existe aun en la asamblea legislativa ni iniciativa de ley alguna que trate un tema de estos, con gran importancia. Por tanto es aconsejable que pensemos en una regulación eficaz que proteja los derechos de propiedad intelectual y aplicable también al Internet.

4.2.9.- Prohibición de Innovar y de contratar: En comentario a esta medida, regulada en el artículo 444 CPCM, debemos de decir que se trata de dos medidas cautelares que mandan al sujeto destinatario de esta, una conducta de no hacer. Por un lado estamos en presencia de una no innovación y por el otro el de no realizar un acto jurídico contractual. La diferencia de estas desemboca en que la primera se refiere a un hecho jurídico, mientras que la otra hace hincapié en una declaración de voluntad,

en el mayor de los casos solemne y consciente de producir ciertos efectos jurídicos; por lo tanto el primero es una acción que puede manifestarse de una multiplicidad de maneras, la segunda solo a través de un contrato.

En la generalidad de los casos, la medida de no innovar implica la prohibición de que se altere el estado de hecho existente al tiempo de iniciarse el proceso. Tal lo que ocurre, por ejemplo, cuando se dispone mantener el estado de "no ocupación" en que se encuentra un inmueble, o se prohíbe la destrucción de una cosa. Pero la medida también es admisible para impedir la alteración de un estado de hecho existente con anterioridad y que el juez ordena *restablecer* luego de iniciado el proceso. Esta hipótesis se configura, v.gr., en el supuesto de decretarse la paralización de una obra.²³¹ Dicha modificación debe ser susceptible y capaz de producir efecto sobre la sentencia que se dicte (Art.444 Inc. 1, CPCM), por lo tanto están excluidos cualquier innovación irrelevante que no afecte la sentencia o ejecución de esta.

Cuando se está en presencia de la medida cautelar de no contratar se trata de una medida cautelar que puede tener como origen y fundamento un convenio entre las partes o puede devenir precisamente por ley sustantiva el Art. 444 inciso 2, menciona "Cuando por ley o por contrato, o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del proceso, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará dicha medida. Con tal fin, individualizará lo que es objeto de la prohibición, y dispondrá que se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante." Ejemplo específico y muy claro menciona el Código de Comercio al manifestar que

²³¹ PALACIO L.E. Manual de Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p. 799.

cuando se trate de créditos a la producción sólo se puede constituir uno nuevo si el primero se encuentra totalmente cancelado (Art. 1158 C. Com.). Para asegurar el resultado práctico de un proceso en el que se discuten derechos sobre determinados bienes respecto de los cuales medie el temor de que alguna de las partes los ceda, arriende o enajene a un tercero, existe una medida cautelar, denominada "prohibición de contratar", en cuya virtud el juez está facultado para ordenar que los eventuales interesados se abstengan de celebrar el contrato y para acordar publicidad a la prohibición.²³² Por lo tanto la acreditación del *fumus bonis iuris* o verosimilitud del derecho invocado debe de irse a buscar al contrato en donde se establece tal prohibición en su caso será la escritura pública, a manera de ejemplo cuando se establece la prohibición de constituir segunda hipoteca con un acreedor diferente al primer hipotecario, o hacer referencia a las disposiciones legales que desautorizan ha un sujeto jurídico la faculta de contratar en una determinada situación jurídica como en el caso de los créditos a la producción.

²³² ÍDEM, P. 800

CONCLUSIONES.

Con la investigación realizada en el transcurso de este estudio, se ha notado una serie de condiciones, hechos y circunstancias que siempre es necesario resaltar, como una forma del producto del trabajo que se ha llevado a cabo; pues precisamente lo que se hará es establecer una serie de conclusiones que se consideran de suma importancia en el tratamiento de las medidas cautelares en el CPCM.

El primer punto a tratar está en relación a la constitución, además está decir que el CPCM y dentro de ellas las Medidas Cautelares encuentra su origen y razón de ser solo cuando son vistas a través de la misma constitución, de tal manera que las medidas cautelares mientras mayor desarrollen los principios y resguarden los derechos constitucionales diremos que mayor beneficio lleva a los justiciables y la comunidad jurídica, la pregunta en ese sentido vendría a ser como es la situación jurídica en la que se encuentra las medidas en relación a la constitución, está o no apegada a esta. Esto es lo que se trata de explicar en los apartados siguientes.

Los que han tenido la oportunidad de estudiar el Código de Procedimientos Civiles que es la normativa derogada por el Código Procesal Civil y Mercantil, podrán notar que en el anterior la regulación de las medidas cautelares no es una cuestión sistemática, no existía en su articulado ninguna preocupación por darle un tratamiento que ayudara a su mejor aplicación, de hecho en la praxis jurídica ante los tribunales lo que sucede es que el juez se ve en la necesidad de acudir a leyes sustantivas para aplicarlas, pues es, en estas en donde muchas de ellas encontraba su regulación; ahora una de las novedades de esta normativa nueva, ese

problema apuntado ya no es de tal manera pues se le ha dedicado todo un apartado sistemático en donde la regulación es más completa y ayuda más a su interpretación y aplicación. Esto afirma que ha habido una considerable mejoría en cuanto a medidas cautelares se refiere el principio de la seguridad jurídica consagrado en la Constitución Salvadoreña se encuentra mejor desarrollado con esta nueva normativa con énfasis siempre en las Medidas Cautelares; es oportuno recordar que la única forma de privar legítimamente a una persona de sus derechos es a través de un juicio o proceso constitucionalmente configurado, y que mejor un proceso en donde las partes saben que medidas se pueden tomar, los presupuestos exigibles en cada una de ellas, los momentos en los cuales se debe levantar la medida, eso es todo un beneficio para la administración justicia.

Claro está que la mejoría y el apego a la constitución no es una sorpresa que haya salido de un proceso interno en nuestro país, de hecho lo que ha existido es la inquietud de que el Código de Procedimientos Civiles no estaba cumpliendo a cabalidad lo exigido, procesos demasiado lentos, existencia de mora procesal, proceso engorrosos etc. Ahora bien de donde salió en realidad esta sistematización y este mayor apego a la Constitución, es precisamente del derecho comparado y de los criterios unitarios de los creadores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica impulsado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. El derecho comparado ha demostrado ser una fuente importante de nuestra normativa interna en nuestro Estado, especialmente el derecho interno del Estado de España en donde la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, es casi idéntico al Código Procesal Civil y Mercantil, la misma aseveración cabe en relación al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica el cual no es una normativa que tenga la finalidad de ser una normativa de imperar en los Estados de

Latinoamérica sino más bien de ser un punto de referencia y crítica de la normativa interna.

Pasando a otro punto de muy importancia y que tiene estrecha vinculación, con el punto anterior es el respecto a la mora procesal y medidas cautelares. De ante mano sabemos que el procedimiento para la adopción de la medida cautelar puede darse dentro del proceso principal, sin embargo tal y como está configurado el procedimiento este se sustancia en cinco días cuestión muy importante y nada engorroso pues no se dilata demasiado, en relación al proceso principal debemos de decir que por tratarse en pieza separada, tal y como lo afirma el artículo 453 del CPCM, este sencillo procedimiento no afecta en ningún momento la celeridad del proceso, el proceso principal siempre sigue su rumbo sin importar el procedimiento accesorio de la medida cautelar. Resaltando el carácter rápido y de celeridad que tiene el procedimiento cautelar debemos de tener en cuenta que en él también se encuentra inmerso el principio de Oralidad que rige toda la normativa del código y por tanto todos los actos que sean susceptibles de evacuarse por medio de audiencias deben hacerse de tal manera, haciendo prevalecer el principio de concentración de los actos procesales artículos 8 y 11 del CPCM. Hablando de los principios generales que ostenta el código y su aplicación erga omnes a toda su normativa, sin duda también a las medidas cautelares estas están preordenadas bajo las directrices de esos principios, y ello puede notarse al momento por ejemplo de establecer el funcionamiento de las medidas cautelares a petición de parte, poniéndose de manifiesto el principio dispositivo y de aportación del artículo 6 y 7. Luego encontramos que hay casos en los que la regulación de las medidas cautelares benefician a algunas de las partes en juicio, cualquiera podría decir que esta es una violación al derecho de igualdad procesal, como el caso de la exención de caución y el caso de la adopción de las medidas sin

audiencia de la contraparte Art. 448 y 453; sin embargo es todo lo contrario, es mas afirma el principio de igualdad procesal, si concebimos esta como consistente en tratar “desigual a los desiguales”, esta distinción se ha hecho en razón de salvaguardar ciertos intereses que de no ser así se vendrían desmejorados y no se pueda dar con posterioridad el cumplimiento de la sentencia, o en otro caso el beneficiar al débil en la relación procesal existente. Por ellos es que sin el ánimo de ser exhaustivos en este punto tenemos la certeza que también los principios generales que están presentes directa o indirectamente por el carácter directriz de estos en toda la regulación cautelar al respecto no obstante tener principios exclusivos que rige dicha institución.

Un tema intrínseco en el desarrollo de la investigación, tiene mucha relevancia en el aspecto teórico mas no mucho en el aspecto práctico, y es en relación a la “Naturaleza Jurídica” de las medidas pues según lo analizado es un punto que no se ha tocado hasta fondo por la doctrina, tal y como se afirmó con anterioridad lo que vemos es una diversidad de opiniones, de alguna manera con cierto grado de razón pero no convencionales totalmente. El CPCM, no establece nada al respecto, podríamos decir que de acuerdo al código, que es un procedimiento paralelo al procedimiento principal, semejante a este y que por tanto posiblemente con el transcurso del tiempo, pueda llegar a convertirse en un proceso con todos los caracteres de este aunque siendo siempre accesorio. Es notable también resaltar que uno de los aspectos más importante arrojados por la investigación es que a nivel internacional y referentes a tratados internacionales no existe por parte de nuestro Estado la preocupación por unificar criterios y crear un tratado que establezca las reglas claras al momento de querer adoptar medidas cautelares en país extranjeros, o estos en los nuestro, la verdad es que solo tenemos el Código de Bustamante, que vía interpretación puede aplicarse y

un Tratado de Cumplimiento de Medidas Cautelares del cual el Estado apenas ha suscrito. Tal y como lo habíamos afirmado con anterioridad al momento de tocar y desarrollar estos temas, aquí falta mucho que mejorar, esta se considera como la conclusión más certera, pues a nivel de relaciones con otros países, no hay mucha normativa desarrollada; no obstante que el CPCM, en materia de medidas cautelares ha sido muy completo. También se aplaude de la nueva regulación de las Medidas Cautelares, la inclusión de medidas que se encontraban dispersas y que protegen con gran importancia el derecho de Propiedad Intelectual, las últimas tres medidas del catálogo de medidas cautelares del artículo 436 tiende precisamente a resguardar el derecho de propiedad intelectual.

En definitiva CPCM. mejora la calidad de la justicia civil y mercantil en El Salvador e incorpora una serie de principios modernos y propios de los procesos orales. (Arts. 1 a 20). El panorama del derogado código, no era alentador para El Salvador, ya que el sistema escrito que lo caracterizaba, (lento, burocrático y engorroso), no rimaba con los principios que, en esencia, buscan la tutela de una justicia efectiva real y no meramente formal; el CPCM, es un instrumento jurídico que no sólo cambia el sistema escrito por el oral, sino la mentalidad de sus operadores y la de los justiciables. Mientras el mundo avanzaba a velocidades astronómicas, con el derogado código nosotros transitábamos a ritmo de la conocida «*carreta*» salvadoreña. Lo más sobresaliente del nuevo CPCM, además de contener el principio de oralidad que lo distingue (Art. 8), es que, merced a su contenido, hace más eficiente y eficaz la solución de los conflictos judiciales. El CPCM., siendo que fomenta el desarrollo de una administración de justicia pronta y cumplida, permite confianza en el sistema, generando por el trabajo y perseverancia de la ciudadanía, la inversión local y extranjera

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. Y Otros. **“Propiedad Intelectual, Temas Relevantes en El Escenario Internacional”**. Marco Antonio Palacios L., y Ricardo Antequera H. Editores. Centroamérica, 2000.

ALESSANDRI, FERNANDO. **“Reglas Comunes a Todo Procedimiento y del Juicio Ordinario, Curso de Derecho Procesal”**. Santiago de Chile, Imprenta el Esfuerzo. 1934.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. **“La Inseguridad Jurídica.”** Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993

ANTÚN, MARIELA DENISE – RICOTINI, MAIÚA ELENA. **“Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares”**. Publicación del Departamento de Derecho Procesal y Practica Profesional. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2004. Republica de Argentina.

BARONA VILAR, SILVIA. VALL GOMBAU, J. F. y Otros. **“Las Medidas Cautelares”**. 1ª edición, Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

BENEDAVA, SANTIAGO. **“Derecho Internacional Público”**. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1989.

BOGIANO, ANTONIO. “**Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales**”. *Segunda edición ampliada y actualizada*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 2002.

CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO. “**Derecho Procesal Civil Salvadoreño I**”. Sin Editorial, Legislación-Doctrina-Jurisprudencia. San Salvador Agosto 2001.

CALAMANDREI, PIERO. “**Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**”. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliografía Argentina.1945.

CARBONELL, MIGUEL. “**Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos**”. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. Editorial Porrúa.

CIFUENTES, SANTOS. “**Elementos de Derecho Civil**”. Parte General. 4ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Argentina Buenos Aires. 2000

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “**Las Medidas Cautelares**”. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid España. 1993. Editorial Mateu Cromo.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. “**Principios Constitucionales en el Proceso Civil**”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993. Sin Editorial.

CLARIA OLMEDO JORGE. “**Derecho Procesal Penal, Tomo II**”. *Rubinzal – Culzoni Editores.1984 Buenos Aires. Argentina.

CLARIA OLMEDO. JORGE. **“Tratado de Derecho Procesal Penal.”**
Editorial, Buenos Aires, 1963, t. V,

CHIOVENDA, JOSÉ. **“Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I”.**
Madrid. Editorial Reus (S.A.) 1922.

DE LOS SANTOS, MABEL. **“Medidas Autosatisfactivas y Medidas Cautelares, Semejanzas y Diferencias, Entre Ambos Institutos procesales”.** Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe de Bogotá, 1998.

DÍAZ, SILVIA ADRIANA. **“Técnica Jurídica del Proceso Civil”.** Biblioteca Jurídica Argentina. 1990

DI PIETRO, ALFREDO. **“Manual de Derecho Romano”.** Cuarta Edición,
Edición Buenos Aires.1998

DOMÍNGUEZ, SERRA. **“La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo”.** San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, Primera Edición, 1996.

ERRAZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO. **“Manual De Derecho Romano, Tomo II”.** Editorial jurídica de Chile. CHILE, 1988.

FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR. **“Teoría General del Derecho Procesal.”**
Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1992.

FALCÓN E. M. **“Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral”.**
Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. Edición 1978.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTIN BESAVE. **"Filosofía del derecho Internacional. Iusfilosofía y Politosofía De La Sociedad Mundial"**. Segunda edición, México 1989.

FONT, MIGUEL ÁNGEL. "Guía de Estudio Procesal Civil y Mercantil". Buenos Aires, Argentina, 2003.

GARCIA-LAJARA, ENRIQUE COLLADO. (Coordinador). **"Manual Práctico de Medidas Cautelares. Procesos Constitucionales, Ordinarios y Especiales"**. Editorial Comares. España, 2000.

GARDERES, SANTIAGO. **"Código Civil y Mercantil Comentado"**. Consejo Nacional de la Judicatura/ Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Impreso en Talleres Gráficos UCA, Julio 2010

GIMENO SENDRA VICENTE. **"Derecho Procesal"**. Tomo III, *Proceso Penal*, España, 1990.

GIMENO, SENDRA VICENTE. **"Las Medidas Cautelares en Materia Comercial"**. Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Publicaciones Universal

GIL SAEZ, JOSÉ M^a. Y Otros. **"El Tratamiento de la Marca en el Tráfico Jurídico-Mercantil"**. Consejo General del Poder Judicial. España, 1994.

GUTIÉRREZ POSSE, MONCAYO VINUESA. **"Derecho internacional Público"**. Tomo I. Editor Zavalía. Argentina. 1990.

GUASP, JAIME. **“Derecho Procesal Civil”**, 3ra. Edición, tomo segundo, Madrid, 1968.

GOZAINI OSVALDO ALFREDO. Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción Acción y Proceso. Primera edición, Argentina. 1999.

GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, EDUARDO. **“Estudios de Derecho Procesal”**. Ediciones Universidad de Navarra. España 1974.

HENAO HIDRÓN, JAVIER. **“Derecho Procesal Constitucional; Protección de los Derechos Constitucionales”**. Editorial Temis S. A. Bogotá-Colombia. 2003.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. **“Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. Historia-Antecedentes-Exposición de motivos.”** Secretaria General. Montevideo 1988. Impreso en Talleres Gráficos de la Editorial M.B.A. Maldonado 2215, Montevideo. 1988

KELSEN, HANS. **“Teoría Pura del Derecho”**. Primera edición en español. 1979. Dirección general de publicaciones impreso y hecho en México. 1979

KIELMANOVICH, JORGE L. **“Medidas Cautelares”**. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 1995

LAZZARI, EDUARDO N. **“Medidas Cautelares”**. La Plata, Librería Editora Platense, 1995,

MARTÍNEZ BOTOS, RAUL. **“Medidas Cautelares”**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1996.

MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO. **“La Necesidad de Legislar Sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil”**. (En línea: sisbib.unm.sm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Humm/martel_Ch_R/titulo_4.htm)

MONTERO AROCA, JUAN Y BARONA VILAR, SILVIA. y Otros. **“El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000”**. 2ª Edición. Editorial Tirant Llobrich. Valencia España. 2001.

MONTERO AROCA, JUAN, Y CHACON CORADO, MAURO. **“Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen 1”** Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España 2001.

MONCADA VIGO, GILBERTO. **“Delitos Informáticos”**. Sin editorial. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Primera edición, Lima, Perú 2001.

MORICETE FABIÁN, BERNAL. **“Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil”**. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo, Republica Dominicana. 2007.

MOUCHET, CARLOS. Y ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO. **“Introducción Al Derecho”**. Duodécima edición actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.1962.

NICOLIELLO, NELSON. **“Diccionario del Latín Jurídico”**. Editor Faira. Lanús, Julio Cesar. Argentina. Reimpresión 2004.

NOVELLINO, NORBERTO JOSÉ. **“Embargo y desembargo y Demás Medidas Cautelares”**. Tercera edición, actualizada. Buenos Aires, Argentina, 1992.

NUTA, ANA RAQUEL. **“Medidas Cautelares y Bloqueo Registral”** Ediciones la Roca. Buenos Aires Argentina. 2000

ORTELLS RAMOS, MANUEL. **“Las Medidas Cautelares En La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”**. Revista Jurídica Galega. España. 2001.

ORTELLS RAMOS, MANUEL; CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA. **“La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español”**. Granada: Editorial Comares, España, 1996.

ORTIZ PORRAS, MARCO ANTONIO. **“Derecho Procesal Civil”**. Editorial Andrómeda. México, 1993.

OSSORIO, MANUEL. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”**. 1ra Edición. Guatemala, C.A. 1990

OSVALDO ALFREDO GOZAINI. **“Teoría General del Derecho Procesal, Jurisdicción Acción y Proceso”**. Primera edición, Argentina. 1999.

PALACIO, LINO ENRIQUE. **“Manual de Derecho Procesal Civil.”** Decimoséptima Edición Actualizada. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1985

PARDO NUÑEZ, CELESTINO. **“Anotaciones Judiciales de Embargo y Demanda”**. Estudios Jurídicos. Editorial Marcia Pons. 1ª edición. Madrid, España, 1983.

PÉREZ LASALA, JOSÉ LUÍS. **“Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio”**. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires. 1992.

PEYRANO, JORGE W. **“Medidas Autosatisfactivas”** Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999.

PETIT, EUGENE. **“Tratado Elemental de Derecho Romano”** Traducido por: Manuel Rodríguez Carrasco. Editora Dalis. 1985

PONS FAUDOS, PEDRO. Y Otros. **“Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral”**. Editorial Registradores de Cataluña. España.2008.

PODETTI, J. RAMIRO. **“Tratado de las Medidas Cautelares”**. EDIAR Sociedad anónima editora, Argentina 1969.

QUIROGA CUBILLOS, HECTOR ENRIQUE. **“Procesos y Medidas Cautelares, Comentarios a la Convención Interamericana, Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares”**, Segunda Edición, Okey Impresores Colombia, 1991.

RAMOZ MENDEZ, FRANCISCO. **“La Anotación Preventiva de la Demanda”**. Barcelona, Bosch, 1980.

RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO. **“Balance de la Jurisprudencia Constitucional Sobre la Tutela Cautelar Judicial”**. Bogota-Colombia, 2006. ISSN Impresa.

RINALDI, ROBERTO D. **“Manual de Derecho Romano”**. Editorial Modulo Único. Salta 2007.

SÁNCHEZ, V. JUAN JOSÉ. **“Apuntes sobre derecho procesal civil”**. Publicaciones del Ministerio de justicia. Ediciones Último Decenio; El Salvador 1992

TORRE ABELARDO. **“Introducción al Derecho”**. Decimocuarta Edición Ampliada y Actualizada. 14ª edición, Abeledo Perrot., Buenos Aires Argentina. 2000

VÁSQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO. **“Derecho Procesal Penal, la Realización Penal, Tomo II”**. Rubinzal - Culzoni Editores. 1998

VECINA CIFUENTES, JAVIER. **“Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional”**. Madrid, Editorial Colex, 1993.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. D.C. S/N 15 de Diciembre de 1983. D. O.234. Tomo 281 de 1983.

CÓDIGO CIVIL. D. E. del 30 de Abril de 1860.D. O. del 19 de Mayo de 1860.

CÓDIGO PENAL. Decreto Legislativo No. 617 de fecha 30 de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 379 de fecha 30 de abril de 2008.

CÓDIGO DE COMERCIO Decreto Legislativo Tomo 228. Diario Oficial 140.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE, OEA, 1969) D. L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D. O. N° 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

CÓDIGO DE FAMILIA. Decreto Legislativo No. 677. De fecha 11 Octubre de 1993. Diario Oficial No. 231. Tomo 231. 13 de Diciembre de 1993.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo N°: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.

CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. (CODIGO DE BUSTAMANTE). Suscripción 20/02/1928. Fecha de Ratificación: 30/03/1931.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. (1948).

LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS. Decreto Legislativo No. 986, Diario Oficial No 58

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Decreto Legislativo No 985. Diario Oficial No 58.

LEY PROCESAL DE FAMILIA. Decreto Legislativo 318. De Fecha 14 de Septiembre de 1994. Diario Oficial No. 173. Tomo 324. 20 de Septiembre de 1994.

JURISPRUDENCIA

Casación 1682 S. S.

Cas.1383 S. S.

SENTENCIA DEFINITIVA, Ref. 45-13C1-2003 de fecha 08/09/2003, Cámara Primera De Lo Civil De La 1ª. Sección Del Centro, San Salvador.

Sentencia definitiva, ref. 115-30-c2-2003 de fecha 12/12/2003, cámara primera de lo civil de la 1a. sección del centro, San Salvador.

Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 24-98 de fecha Martes, 26 de febrero de 2002.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.2005. Amparo: Referencia 497-2004 de las 8:15 del día 6-4-2005.

ANEXOS

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La presente edición electrónica responde al texto original publicado en el B. O. E, núm 7, de 8 de enero de 2000, así como a la posterior corrección de errores, aparecida también en el Boletín Oficial del Estado.

EXPOSICION DE MOTIVOS

XVIII

En cuanto a las medidas cautelares, esta Ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen, por las razones que más adelante se dirán, los relativos a las medidas específicas de algunos procesos civiles especiales. Se supera así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1881 y en otros muchos cuerpos legales. El referido conjunto de preceptos no es, empero, el resultado de agrupar la regulación de las medidas cautelares que pudieran considerarse "clásicas", estableciendo sus presupuestos y su procedimiento. Esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado. Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia. La Ley se apoya en doctrina y jurisprudencia sólidas y de general aceptación.

El "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, el peligro de la mora procesal y la prestación de caución son, desde luego, factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares. La instrumentalidad de las medidas cautelares respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad de las medidas se garantizan suficientemente con normas adecuadas. Se procura, con disposiciones concretas, que las medidas cautelares no se busquen por sí mismas, como fin exclusivo o primordial de la actividad procesal. Pero ha de señalarse que se establece su régimen de modo que los justiciables dispongan de medidas más enérgicas que las que hasta ahora podían pedir. Se trata de que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos. Aunque necesarias para conjurar el "periculum in mora", las medidas cautelares no dejan de entrañar, como es sabido, otros peligros y riesgos. De modo que es preciso también regular cuidadosamente, y así se ha pretendido en esta Ley, la oposición a las medidas cautelares, su razonable sustitución, revisión y modificación y las posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares, haciéndolas innecesarias o menos gravosas.

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda o pendiente ya el litigio. Como regla, no se adoptan sin previa contradicción, pero se prevé que, en casos justificados, puedan acordarse sin oír al sujeto pasivo de la medida que se pretende. En dichos casos, se establece una oposición inmediatamente posterior. En la audiencia previa o en la oposición, pero también más tarde, puede entrar en juego la contracautela que sustituya la medida cautelar que se pretende o que ya se haya acordado.

Frente a alguna posición partidaria de atribuir el conocimiento y resolución acerca de las medidas cautelares a un órgano jurisdiccional distinto del competente para el proceso principal, la Ley opta por no separar la competencia, sin perjuicio de que no implique sumisión, respecto del proceso, la actuación de la parte pasiva en el procedimiento relativo a medidas solicitadas antes de la interposición de la demanda. Esta opción no desconoce el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia. Pero, además de que ese riesgo existe también al margen de las medidas cautelares, pues el prejuicio podría generarse en la audiencia previa al juicio o tras la lectura de demanda y contestación, esta Ley se funda en una doble consideración. Considera la Ley, por un lado, que todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse y, por otra, no se pierde de vista que las medidas cautelares han de guardar siempre relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso con vicisitudes y circunstancias que pueden variar durante su pendencia, de suerte que es el órgano competente para dicho proceso quien se encuentra en la situación más idónea para resolver, en especial si se tiene en cuenta la posibilidad de alzamiento y modificación de las medidas o de su sustitución por una equitativa contracautela. Todo esto, sin contar con la menor complejidad procedimental que comporta no separar la competencia.

TÍTULO VI

De las medidas cautelares

CAPÍTULO I

De las medidas cautelares: Disposiciones generales.

Artículo 721. Necesaria instancia de parte.

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Artículo 722. Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.

Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España ; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje ; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

Artículo 723. Competencia.

1. Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el

proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.

2. Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

Artículo 724. Competencia en casos especiales.

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados.

Artículo 725. Examen de oficio de la competencia. Medidas cautelares en prevención.

1. Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no

declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

Artículo 726. Características de las medidas cautelares.

1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1.^a Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente.

2.^a No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

Artículo 727. Medidas cautelares específicas.

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- 1.ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.
- 2.ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
- 3.ª El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
- 4.ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
- 5.ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.
- 6.ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
- 7.ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad ; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta ; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
- 8.ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9.^a El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10.^a La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11.^a Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

Artículo 728. Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.

1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por

parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.

Artículo 729. Tercerías en casos de embargo preventivo.

En el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero.

La competencia para conocer de las tercerías a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al tribunal que hubiese acordado el embargo preventivo.

CAPÍTULO II.

Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares

Artículo 730. Momentos para solicitar las medidas cautelares.

1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.

2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

4. Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

Esta solicitud se sustanciará conforme a lo prevenido en el presente capítulo.

Artículo 731. Accesoriedad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medida cautelares.

1. No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas. Tampoco podrá mantenerse

una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.

2. Cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución.

Artículo 732. Solicitud de las medidas cautelares.

1. La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.

2. Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares. Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares.

3. En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone.

Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia

previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título.

Artículo 734. Vista para la audiencia de las partes.

1. Recibida la solicitud, el tribunal, mediante providencia, salvo los casos del párrafo segundo del artículo anterior, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de aquélla al demandado convocará las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

2. En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiere practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días. A si mismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria, conforme a lo previsto en el artículo 746 de esta Ley.

3. Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse

las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares.

Artículo 735. Auto acordando medidas cautelares.

1. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares.

2. Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho, accederá a la solicitud de medidas, fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas, determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante. Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

Artículo 736. Auto denegatorio de las medidas cautelares. Reiteración de la solicitud si cambian las circunstancias.

1. Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394.

2. Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

Artículo 737. Prestación de caución.

La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución.

Artículo 738. Ejecución de la medida cautelar.

1. Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias.

2. Si lo acordado fuera el embargo preventivo se procederá conforme a lo previsto en los artículos 584 y siguientes para los embargos decretados en el proceso de ejecución, pero sin que el deudor esté obligado a la manifestación de bienes que dispone el artículo 589. Si fuera la administración judicial se procederá conforme a los artículos 630 y siguientes.

Si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente.

3. Los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán enajenarlos, previa autorización por medio de providencia del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

CAPÍTULO III

De la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado

Artículo 739. Oposición a la medida cautelar.

En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.

Artículo 740. Causas de oposición. Ofrecimiento de caución sustitutoria.

El que formule oposición a la medida cautelar podrá esgrimir como causas de aquélla cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

También podrá ofrecer caución sustitutoria, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V de este título.

Artículo 741. Traslado de la oposición al solicitante, comparecencia en vista y decisión.

1. Del escrito de oposición se dará traslado al solicitante, procediéndose seguidamente conforme a lo previsto en el artículo 734.

2. Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición. Si mantuviere las medidas cautelares acordadas condenará al opositor a las costas de la oposición. Si alzare las medidas cautelares, condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que éstas hayan producido.

3. El auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo.

Artículo 742. Exacción de daños y perjuicios.

Una vez firme el auto que estime la oposición, se procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada ; y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante de la medida, procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa.

CAPÍTULO IV

De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

Artículo 743. Posible modificación de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas. La solicitud de modificación será sustanciada y resuelta conforme a lo previsto en los artículos 734 y siguientes.

Artículo 744. Alzamiento de la medida tras sentencia no firme.

1. Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud, mediante auto.

2. Si la estimación de la demanda fuere parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas.

Artículo 745. Alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme.

Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado.

Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia.

CAPÍTULO V.

De la caución sustitutoria de las medidas cautelares

Artículo 746. Caución sustitutoria.

1. Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.
2. Para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria, el tribunal examinará el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado, También tendrá en cuenta el tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

Artículo 747. Solicitud de caución sustitutoria.

1. La solicitud de la prestación de caución sustitutoria de la medida cautelar se podrá formular conforme a lo previsto en el artículo 734 o, si la medida cautelar ya se hubiese adoptado, en el trámite de oposición o mediante escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, las consecuencias de la adopción de la medida y la más precisa valoración del peligro de la mora procesal. Previo traslado del escrito al solicitante de la medida cautelar, por cinco días, se convocará a las partes a una vista sobre la solicitud de caución sustitutoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 734. Celebrada la vista, resolverá mediante auto lo que estime procedente, en el plazo de otros cinco días.
2. Contra el auto que resuelva aceptar o rechazar caución sustitutoria no cabrá recurso alguno.
3. La caución sustitutoria de medida cautelar podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.