

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2012
PLAN DE ESTUDIO 2007**



**“PRECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO DEL EMBARGO
PREVENTIVO DE BIENES COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO
EJECUTIVO”**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR

HERRERA RODRÍGUEZ, SAMUEL ALBERTO

ASESOR

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

Ciudad Universitaria, San Salvador, Julio de 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO

VICE-RECTORA ACADÉMICA

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

SECRETARIA GENERAL

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA

FISCAL GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. JULIO OLIVO GRANADINO

VICE-DECANO

LIC. DONALDO SOSA PREZA

SECRETARIO

LIC. OSCAR RIVERA MORALES

DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DRA. ANA EVELYN FARFAN MATA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

DEDICATORIA

A DIOS que me dio fuerza, esperanza, paciencia y sobre todo ansias de superación para poder terminar los estudios y que sin duda alguna se que siempre estuvo conmigo como un amigo fiel

A MIS PADRES Y ABUELA MATERNA que con su ejemplo han sido los mejores mentores que he tenido en la vida y que con gran amor para mi persona y mis hermanos se esmeraron por brindarnos una mejor vida.

A MIS INSTRUCTORES ACADÉMICOS que sin duda alguna han aportado su conocimiento en el desarrollo de mi vida y sobre todo de mi carrera

A TODOS MIS AMIGOS que de alguna manera siempre me animaron a seguir adelante y buscar el termino de mi carrera

ÍNDICE

Contenido	Página
INTRODUCCIÓN	i-iv
CAPÍTULO I	
RESUMEN DEL DISEÑO	
1. Planteamiento del Problema	8
2. Delimitación del Tema	13
3. Justificación de la Investigación	13
4. Objetivos	15
5. Tipo de Estudio y Método	16
CAPÍTULO II	
TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
1. Función Cautelar como Función Jurisdiccional	17
2. Noción conceptual y cuestiones terminológicas de las medidas cautelares	
A. Noción Conceptual	
a) Acción Cautelar	21
b) Proceso Cautelar	23
c) Proveimiento Cautelar	25
d) Postura adoptada por nuestro Código Procesal Civil y Mercantil	26
B. Cuestiones Terminológicas	26
3. Naturaleza de las Medidas Cautelares	27
A. Como incidente dentro de un proceso principal	28
B. Como un proceso diferente al proceso principal	28

4. Características de las Medidas Cautelares	29
A. Instrumentalidad	30
B. Provisionales	31
C. Proporcionales	33
D. Urgencia	34
E. Variables o Flexibilidad	35
F. No surten efectos de cosa juzgada	36
G. Otros caracteres	37
5. Presupuestos de las Medidas Cautelares	38
A. Fomus Boni Iuris o Apariencia de buen derecho	41
B. Periculum in mora o Peligro de demora	43
C. Caucción	44
6. Objeto, Clasificación y Efectos de las Medidas Cautelares	
A. Objeto o Finalidad de las Medidas Cautelares	47
B. Clasificación de las Medidas Cautelares	49
C. Efectos de las Medidas Cautelares	53
a) Efecto de aseguramiento	53
b) Efecto de conservación	54
c) Efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión	54

CAPÍTULO III

DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES COMO MEDIDA CAUTELAR

1. Concepto, Objeto, Naturaleza y Clases de Embargos	
A. Concepto	57

B. Objeto	58
C. Naturaleza	60
D. Clase	60
a) Embargo Preventivo	
b) Embargo Ejecutivo	
c) Embargo Ejecutorio	
2. Presupuestos para su aplicación	62
A. Situación Cautelable y su acreditación	63
B. Proporcionalidad entre embargo y deuda	64
C. Notoria solvencia o prestación de fianza por el Solicitante	65
D. Peligro en la demora	66
E. Otros presupuestos	67
3. Casos en que procede y Efectos del Embargo	
A. Casos en los que procede el embargo	67
B. Efectos del embargo	69
a) En relación a los bienes embargados	71
b) En relación al proceso principal	72
c) Embargos sucesivos. Preferencia	74
4. Competencia para decretar el Embargo	
A. Antes de iniciar el proceso	75
B. Al momento de iniciar el proceso	75
C. Con posterioridad de iniciado el proceso	76
5. Procedimiento	

A. Solicitud	77
B. Resolución de Admisión o Negación. Examen de la Solicitud	78
C. Enumeración de algunos bienes susceptibles de embargo	79
D. Adopción del embargo	85
E. Sustitución, levantamiento, limitación y ampliación del embargo	
a) Sustitución	86
b) Levantamiento	87
c) Limitación	87
d) Ampliación	87

CAPÍTULO IV

PRECEDENTES HISTÓRICOS Y DESARROLLO DEL EMBARGO EN EL PROCESO EJECUTIVO SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

1. Generalidades	
A. Aclaraciones necesarias	88
B. Análisis del Embargo según el Código Procesal Civil y Mercantil	
a) Embargo como Medida Cautelar propiamente dicha	89
b) Embargo Ejecutivo	90
c) Embargo Ejecutorio	92
C. Punto de vista que se adoptará en lo subsiguiente de la investigación	92

2. Antecedentes del Embargo en la legislación salvadoreña	93
A. El Embargo en el Código de Procedimientos Civiles	
3. Ubicación del Embargo dentro del proceso ejecutivo	94
4. Forma de iniciar el Embargo en el Proceso Ejecutivo	97
A. Necesariedad de la Instancia de Parte	98
B. Demanda	99
5. Procedencia del Embargo, Efectos de su Adopción y forma de ejecutarse	
A. Procedencia del Embargo	100
B. Efectos de la adopción del Embargo	102
a) Decreto de Embargo	103
b) Libramiento de oficio respectivo para trabar el Embargo	104
C. Forma de Ejecutarse	105
6. Recurso	
A. Recursos Procedentes	109
CAPÍTULO V	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	111
1. Conclusiones	
2. Recomendaciones	
Bibliografía	113

Abreviaturas utilizadas en la investigación

Artículo	Art.
Constitución de la República	Cn.
Código Procesal Civil y Mercantil	C.Pr.CyM.
Código Procesal Civil	C.Pr.C.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se ha desarrollado el tema específico del Embargo y a pesar que no es un tema novedoso se puede decir que hay mucho todavía que comentar el respecto.

A partir de un estudio documental se ha logrado desarrollar el contenido de la presente, buscando los datos principalmente de la doctrina clásica para comparar seguidamente con las referencias bibliográficas modernas, tomando como guía medular lo expuesto por la jurisprudencia nacional y sobre todo lo enunciado por legislación pertinente aplicable al caso; es decir, del Código Procesal Civil y Mercantil, del cual se ha tomado las ideas generales y básicas para el desarrollo del estudio y a partir del cual se ha recabado la información respectiva.

La estructura que sigue el presente estudio toma como base la fórmula de la que se ha valido la doctrina, partiendo de lo general para luego abordar el caso en particular, de manera que la presente se desarrolla en tres capítulos de contenido en sí, más dos capítulo extras que contienen, uno, el anteproyecto de investigación, y el último que constituyen las conclusiones y recomendaciones, de manera que la investigación contiene cinco capítulos los cuales se mencionan seguidamente.

El capítulo uno contiene las bases de la investigación a partir de las cuales se desarrolla la misma en su totalidad, este capítulo desarrolla el Marco de Referencia el cual contiene desde la justificación de la misma hasta la metodología que se ha utilizado para desarrollarla, exponiendo además la justificación, delimitación y objetivos de la investigación.

Es a partir del capítulo dos que se da inicio al desarrollo del tema en cuestión. El capítulo dos contiene la Teoría general de las Medidas

Cautelares, exponiendo a partir de la información recolectada lo expuesto por la doctrina, la jurisprudencia y como principal fuente el Código Procesal Civil y Mercantil.

Se inicia este capítulo abordando el tema de la función cautelar como función jurisdiccional, ya que se conoce muy poco al respecto no solo por el estudiante de derecho sino también por el profesional, pues se enseña no como una tercera posibilidad de poder hacer valer sus derechos, sino que se presenta muy a menudo como un procedimiento dentro de un proceso, lo cual del todo no es cierto como se verá en el desarrollo de este tema.

Le prosigue en el desarrollo el contenido referido a la noción conceptual de las medidas cautelares y las respectivas cuestiones terminológicas en las que muy a menudo se suelen confundir con mucha facilidad. En breve se desarrolla el contenido respectivo a la naturaleza de las Medidas Cautelares, sus características y los presupuestos para que puedan proceder, contenido de mucha importancia para comprender a cabalidad el funcionamiento de las Medidas Cautelares.

En el capítulo tres se desarrolla lo respectivo al Embargo como Medida Cautelar. Entre el contenido que se desarrolla el primero es referido al Concepto, Objeto, Naturaleza y Clases de Embargos, siendo de mucha importancia el último de ello, ya que es a partir del cual se comenzaran a sentar las bases para desarrollo del último de los capítulos y que nos permite evidenciar el problema que tienen los textos legislativos al momento de desarrollar esta figura procesal.

Son complemento de este capítulo lo referido a los presupuestos para la aplicación del embargo, así como los casos en que procede y efectos del Embargo, la competencia para decretar el Embargo y un esbozo de lo que

es el procedimiento para la adopción, aplicación y levantamiento del mismo. Es importante destacar que los presupuestos a que se refiere este capítulo no serán los mismos de los que versa el capítulo anterior al referirse a la adopción de las Medidas Cautelares, sin embargo es necesario aclarar que estas tienen aplicación al momento de solicitarlas y ejecutarlas, a las que se refiere el presente capítulo son las requeridas para el Embargo en específico.

Como capítulo medular de la investigación, el capítulo cuatro es la síntesis de lo que se ha venido abordando hasta este punto. Este capítulo versa sobre el Embargo dentro del Proceso Ejecutivo y en el cual se soslaya la importancia de tener en cuenta la clasificación que previamente se hiciera sobre el embargo en el capítulo precedente, y es a partir de tal aseveración del tipo de embargo que se desarrolla en el Proceso Ejecutivo que se inicia este último capítulo de contenido.

Asimismo se hace una breve exposición de la forma en como se desarrollaba tal figura en el Código de Procedimientos Civiles. Además se enuncia la ubicación del Embargo dentro del Proceso Ejecutivo, así como la forma de iniciarlo dentro del mismo proceso, aparte de lo expuesto se agrega además los casos en los que procede tal embargo y los efectos que produce su adopción y por último se enuncia lo pertinente a los recursos procedentes con respecto a esta figura procesal.

El capítulo final contiene lo respectivo a las conclusiones y recomendaciones llegadas luego de haber recabado y analizado toda la información y haberla vertido en la tesis propiamente dicha.

Como se evidenciara en la investigación, la cual es de carácter documental o de segunda mano, se realizó a partir de material ya procesado y que aun siendo de expositores reconocidos siempre se encontraran

grandes divergencias entre unos y otros y ante lo cual el lector deberá sacar la conclusión más acertada luego del estudio respectivo del presente tema.

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL DISEÑO

1. Planteamiento del problema

Desde tiempos muy remotos las sociedades se han organizado de manera que los actos que realizan dentro de la misma se normativizan o regulan con la intención o finalidad de crear una convivencia armónica; tal regulación abarca todos aquellos actos que una persona realiza ya sea de una manera individual como colectivamente en todos los ámbitos en que aquella se desenvuelve.

Es dentro de este contexto que la sociedad, a través de sus instituciones encargadas de normar las conductas, ha establecido las formas en cómo se desarrollaran, previendo asimismo procesos ante las posibles transgresiones de las personas con respecto a las regulaciones establecidas, instituyendo de igual forma mecanismos para asegurar el adecuado o exacto desarrollo de estos procesos; mecanismos que, por un lado tienen como fin el de asegurar el correcto desarrollo del proceso con respecto una persona que por su actuar contrario a las normas prefijadas se le instruye una causa, y por otro lado resguarda el correcto cumplimiento o aplicación de las normas que tiene una persona con respecto a aquella que ha transgredido la normativa, lo cual se conoce como tutela jurisdiccional efectiva.

Entre estas normas, que regulan las conductas de las personas entre sí, se encuentran todas aquellas relativas al cumplimiento de las obligaciones adquiridas cuando se ha caído en mora y ante lo cual se prevén procedimientos específicos, olvidando o dejando de lado todas aquellas medidas drásticas utilizadas en tiempos pasados, que podía privar de libertad

a una persona por caer en mora, o aun pagar con su propia vida poniéndose a disposición del acreedor.

Es así que la razón de esta investigación, sobre un tema que si bien se sabe esta exhaustivamente estudiado, tiene como base realizar una exposición o estudio con carácter documental, que refleje los aspectos por un lado y de manera general la Teoría General de las Medidas Cautelares o Precautorias, y por otro, de manera específica, que es el punto de investigación concreto, hacer un estudio determinado sobre el Embargo Preventivo de Bienes como Medida Cautelar y la connotación que tiene la misma dentro de un Proceso Especial regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Pero, ¿por qué de la investigación de un tema sobre el que ya se ha dicho mucho?, a decir verdad, no se tiene otra finalidad que la de proporcionar un desarrollo sobre las Medidas Cautelares y en especial sobre el Embargo Preventivo de Bienes, tales como:

1. Antecedentes o precedentes históricos, entre otros aspectos que permitan comprender esta figura procesal;
2. Aspectos generales que contienen las Medidas Cautelares.

Asimismo, dentro del contexto de las Medidas Cautelares, se pretende realizar un estudio del Desarrollo del Embargo Preventivo como una opción para exigir el correcto cumplimiento de una obligación a un deudor moroso, estableciendo:

1. Principios,
2. Características,
3. Clasificaciones,
4. Presupuestos,

5. Efectos, y
6. Posibles dificultades o impedimentos que se tienen a la hora no solo de aplicarla sino también de identificarlas, pues de una correcta o adecuada identificación de la medida precautoria en un caso concreto procede una correcta o adecuada aplicación no solo de la misma, sino también del proceso y de su efectivo cumplimiento, o como se dice en materia, saber solicitar una medida cautelar adecuadamente podría asegurar el correcto desarrollo del proceso.

Es importante recalcar que si bien las Medidas Cautelares tienen a asegurar el cumplimiento de una obligación que es el objeto de estudio en gran parte de la doctrina expuesta y revisada hasta el momento, no se dejara de lado en esta investigación, el principal efecto que éstas producen con respecto a los bienes del deudor o demandado, principalmente de la limitación a las facultades que este tiene frente a sus bienes embargados.

El Código Civil expresa que el dominio implica el goce y disposición de una cosa; pero, ¿Qué efectos produce el embargo en relación a estos?, considero que es importante hacer un apartado sobre este aspecto, como efecto de la medida cautelar, pues constituye una verdadera limitante a las facultades emanadas del dominio que se tiene sobre un bien, en otras palabras, la Medida Cautelar que afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce que se tienen sobre éste, es por eso, que a pesar que esta investigación sea meramente documental, no se dejara de exponer puntos concretos y concisos sobre aspectos de indudable aplicación en la vida práctica no solo

de un litigante, que las solicita, sino también de el Juez que las admite y decreta que se apliquen.

Pero ¿Qué aspectos novedosos se pueden aportar para la vida práctica sobre un tema o mejor dicho sobre una institución jurídica que se dice se conoce?, y es que en verdad, los trámites de la ejecución de las medidas cautelares varían según su especie y naturaleza de los bienes sobre los cuales han de recaer, y como se apunta en párrafos anteriores, de una correcta identificación procede una correcta aplicación, es así que en la práctica forense a menudo se suele mal utilizar estos mecanismos de tutela y es el objeto mismo de esta investigación poder mostrar un croquis sobre la utilización de esta Medida Precautoria.

Hablar de Medidas Precautorias en la práctica forense como ya se ha apuntado, no es solo un revisar la obligación adeuda y solicitar la medida precautoria que se considera más atinente, sino saber identificar cual medida cautelar por su naturaleza y estrecha relación con la obligación adeuda y que puede concluir en la efectiva satisfacción de la obligación pendiente.

Se pretende hacer un estudio sobre el Embargo Preventivo de Bienes como Medida Cautelar que resguarda el personal interés del acreedor, pues es la Medida Precautoria de mayor uso y la cual tiene como objeto prevenir el no cumplimiento de una obligación adquirida

Es así que el tema: “PRECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO EJECUTIVO”, se puede decir que se pretende desarrollar de la manera siguiente:

1. Todo lo relativo a los antecedentes históricos de las Medidas Cautelares o Precautorias, haciendo énfasis al estudio del Embargo Preventivo de Bienes, pues es el tema que me ocupara;
2. En consonancia con lo anterior pero aplicándose al objeto de la investigación se pretende realizar un estudio del Embargo Preventivo del Bienes como Medida Precautoria dentro del Proceso Ejecutivo.

Todo lo expuesto refleja las ansias de hacer un estudio documental en el cual se establezca, de manera clara y concisa, lo relativo al Embargo Preventivo de Bienes como posibilidad de asegurar el cumplimiento de una Obligación adeudada en el que se debe de concretar todas aquellos aspectos, llámense teorías con relativo surgimiento, presupuestos, inconvenientes, procedencia, posibles inconvenientes que surgen con el devenir del tiempo y que no tienen más razón de ser que esclarecer todavía más lo relativa a esta institución procesal de suma importancia en la vida cotidiana de todas aquellas personas que, como acreedores se ven privados de los beneficios que podría tener de la cobranza de la obligación otorgada al deudor que ha caído en mora.

Se hará todo el estudio enmarcado dentro del proceso ejecutivo, pues considero que es el proceso en el cual tiene mayor aplicación y en al cual se adapta con mayor facilidad esta Medida Cautelar.

1.1. Enunciado del problema

¿Cuál es el desarrolla histórico y de aplicabilidad del embargo preventivo de bienes en la legislación salvadoreña, principalmente en el proceso ejecutivo?

2. Delimitación espacial, temporal y teórico-conceptual de la Investigación

2.1. Delimitación espacial

La presente investigación tiene un ámbito espacial de estudio y teniendo en cuenta que se estudia una Institución Jurídica y principalmente su desarrollo histórico, por lo cual se puede decir que no hay un tiempo espacial delimitado específicamente, sino que se hace conforme esta institución jurídico-procesal ha evolucionado.

2.2. Delimitación temporal

La presente investigación con carácter documental, se realizará teniendo como objeto de estudio una Institución Jurídica-Procesal, la delimitación temporal se encuentra desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil hasta la fecha; es decir, desde el 1° de enero del año dos mil diez al momento actual.

2.3. Delimitación teórico-conceptual

En la presente investigación se hará uso de conceptos bases o guías para no perder el objetivo de la misma, entre los que podemos mencionar, por ejemplo: TIPOS DE PROCESOS, PROCESO DE CONOCIMIENTO, PROCESO DE EJECUCIÓN, PROCESO CAUTELAR, MEDIDA CAUTELAR, TIPOLOGIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, EMBARGO DE BIENES, JUICIO EJECUTIVO, BIENES INEMBARGABLES, entre otros que tienen íntima relación y que ceñirán la investigación.

3. Justificación de la investigación

3.1. Magnitud

Como ya se ha recalado en el Planteamiento del problema, las sociedades establecen reglas para el adecuado funcionamiento de la

misma, las cuales con el devenir del tiempo y con el surgimiento o desaparición de hechos que motivaron o que motivan nuevas circunstancias o formas de comportamiento, es menester, de igual forma actualizar tales reglas o normas (jurídicas en este caso), que den respuesta precisa y concreta a las situaciones que se suscitan, en ese sentido, desde el año dos mil siete aproximadamente se vino discutiendo la formulación de un nuevo cuerpo normativo que suplantaría o sustituiría a una legislación que cumplía más de cien años de vigencia y que hacía su aplicación engorrosa y morosa.

Tal legislación, que entró en vigencia en el año dos mil diez, posee reglas novedosas en el desarrollo de los procesos y dentro de las cuales se instauraron las disposiciones específicas en materia de Medidas Cautelares o Precautorias, lo cual implicaba un nuevo conocimiento de tal institución jurídica, pues el antiguo Código de Procedimientos Civiles solo mantenía en su cuerpo normas aisladas sobre aquellas.

Es así, que el presente estudio, tiene por objeto realizar un análisis eminentemente teórico sobre esta institución que en la práctica tiene gran aceptación por aquellas personas que buscan saldar sueldos que se les adeudan.

3.1.1. Trascendencia Jurídico-Procesal

Como ya se mencionó en el apartado anterior, desde la entrada en vigencia de Código Procesal Civil y Mercantil en el año dos mil diez, la Institución Jurídica de las Medidas Cautelares ha encontrado un espacio específico –y que considero merece estudio específico- en el que claramente se desarrolla los principios y normas generales de la

misma, así como también la posible gama de las que se puede optar para su ejecución, dejando abierta la posibilidad de innovar en caso de no haber medida que satisfaga las necesidades o cumpla el fin del proceso.

3.1.2. Factibilidad y viabilidad

Realizar un estudio sobre una materia de la que se ha escrito tanto, puede ser a primera vista de fácil realización, y por un lado es valedera tal aseveración apresurada, ya que a pesar de que en realidad existe información suficiente para desarrollar tal investigación -y al estilo de Sócrates- , tal circunstancia resulta ser el talón de Aquiles ya que merece saber seleccionar la información y catalogar la misma, teniendo sentido crítico, pues como ya menciono, existe suficiente información al respecto como para embarcarse en compilarla sobre tal tema de importancia en la práctica forense.

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

Comprender de manera específica la institución jurídica denominada Embargo Preventivo de Bienes, haciendo énfasis en el desarrollo histórico y actual aplicación.

4.2. Objetivos Específicos

- A. Describir las etapas por las cuales el Embargo Preventivo de Bienes se ha desarrollado con el devenir de la historia, estableciendo sus características, principios, clasificación y presupuestos para que procedan , y
- B. Diagramar el desarrollo que el Embargo Preventivo de Bienes tiene en el Proceso Especial Ejecutivo según el Código Procesal Civil y Mercantil y sus incidencias

5. Tipo de Estudio

La presente investigación, como ya se ha apuntado en capítulos anteriores, es de carácter teórico, por lo cual se hará uso como tipo de estudio Bibliográfico, pues es a partir de la recolección de información ya procesada o de segunda mano que se dará desarrollo al tema de investigación

5.1. Método

Como método de estudio se utilizar un combinado entre el análisis y la síntesis, ya que en el uso conjunto de estos métodos se pretende abordar de manera completa el tema en cuestión

CAPÍTULO II

TEORIA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Introducción Capitular

En el presente capítulo se sentarán las bases de la actual Teoría de las Medidas Cautelares, abarcando temas de importancia, no solo en el ámbito doctrinario, sino también integrando elementos de la praxis, es en ese sentido, que se expresaran diferentes corrientes de pensamiento jurídico-procesal para dilucidar cuestiones que aun en la actualidad mantienen en vilo la creación y desarrollo de este instituto procesal.

En este capítulo se iniciará exponiendo cuestiones, que pueden ayudar a comprender de mejor manera esta institución, pues de una correcta asimilación de contenido puede llegar a existir una adecuada aplicación de una figura, y es por lo mismo que se comenzará expresando cuestiones de índole conceptual y terminológica, para dar paso a lo que es la naturaleza, características, objeto, clasificación y entre otros temas de vital importancia para comprender a cabalidad el tema de la presente investigación

1. Función Cautelar como Función Jurisdiccional

En la Constitución de la República, específicamente en el Art. 172 Inc. 1º, se expresan dos funciones encomendadas al Órgano Judicial, las cuales son: Función Jurisdiccional y Función Ejecutiva¹, de las cuales se vale para poder hacer efectiva la actividad propia de este órgano de Estado, pero frente a estas dos funciones, se presenta una tercera como medida preventiva sobre las posibles dificultades o inconvenientes de aquellas, y así se habla de

¹ Art. 172 Inc. 1º Cn., "... Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado..."

Función Cautelar. Ciertos autores denominan a estas funciones como finalidades del proceso.

La doctrina contiene un bagaje muy amplio al referirse a estas funciones y de las cuales surgen problemas doctrinarios sobre la naturaleza de la última mencionada (función cautelar) con respecto a las dos primeras (función jurisdiccional y ejecutiva), es así que abordaremos un poco sobre el tema sentado.

El maestro Hugo Alsina², expone que: ...no basta a impedir que el transcurso del tiempo se traduzca en hechos materiales cuya influencia puede ser decisiva respecto del pronunciamiento final, sea en cuanto a su eficacia, como a las condiciones en que ha sido dictado. El objeto del litigio puede desaparecer, transformarse o disminuir de valor, por la acción de la naturaleza o del hombre, y es evidente que en tales casos la sentencia no podrá reintegrar al vencedor en la plenitud de su derecho. Esas mismas circunstancias, referidas no ya al objeto del proceso sino a la prueba, tienen también a veces importancia para la decisión, porque si una de las partes se ve privada de un medio de prueba que existía al momento de la iniciación del juicio, pero que desapareció o se modificó cuando el juez debió examinarla, es evidente que la sentencia será injusta. En otros casos, la demora en el pronunciamiento puede ocasionar un perjuicio irreparable... Si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede, en situaciones como las enunciadas, desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer

² ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V "Ejecución Forzosa y Medidas Precautorias. 2º Ed. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. 1963. Pág. 449

las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes. Tales son las llamadas medidas precautorias.

En ese sentido: La duración del proceso es uno de los defectos humanos, que aun cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán jamás ser eliminados del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia puede ser rápida, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto jurisdiccional como ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el que continúa el litigio, con todos los daños que de él derivan. No ha de extrañar, por tanto, que la prevención de esos daños haya determinado medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación de que ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su iter. De ese modo, junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los posibles daños del litigio), como una tercera finalidad del proceso³.

Si bien la doctrina, expone sobre la función cautelar como manifestación de la jurisdicción, del carácter de *tertium genus* que va adquiriendo el proceso cautelar, de la subfunción de la jurisdicción consistente en garantizar que la función declarativa y la de ejecución se cumplan. Como quiera que la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un período más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por actuación del demandado, puede llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, es por lo que surge esta tercera categoría de la función jurisdiccional, llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones. Atendiendo a estas dificultades que entraña el desarrollo de la

³ CARNELUTTI, Francisco, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*. T.I. UTEHA Editorial, Buenos Aires, Argentina. Pág. 243

función declarativa y de la de ejecución, de su carácter de no instantaneidad y, en consecuencia, de incertidumbre que se provoca para la consecución de la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, surge el proceso cautelar como garantista del proceso declarativo y del de ejecución⁴.

Estos autores sostienen que: Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto. En consecuencia, a través de las medidas cautelares se cumple una función de garantía, que sirve para combatir la duración de los procesos, convirtiéndose no ya tan sólo en un mecanismo de mero aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán llegar más allá s se quiere que las resoluciones judiciales, aunque tardías, sean efectivas⁵.

Es así y como colofón a este primer esbozo del tema que se evidencia la necesidad y sobre todo la importancia del mismo no solo teórica, sino con mucho más énfasis en la *praxis*, pues tal instituto jurídico como se ha puesto en evidencia cumple una misión importante en cuanto el tiempo que con respecto a un procesos pueda transcurrir, haciendo o permitiendo a la resolución final llegar a ser efectiva.

⁴ BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1993, Pág. 13-14

⁵ BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares, Pág. 14

2. Noción conceptual y cuestiones terminológicas de las medidas cautelares

A. Noción Conceptual

Se pretende a partir de este acápite brindar una visión de la forma en como es vista la función cautelar, pues los doctrinarios han mantenido un acalorado estudio sobre la misma, algunos ven en esta función una acción, otros ven un proceso y un tercer punto de vista la como un proveimiento cautelar, veamos al respecto como se expresa la doctrina.

a) Acción Cautelar

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste. En cuanto derecho, consta en las leyes substantivas (códigos civiles, de comercio, penales y demás leyes, reglamentos, etc.); en cuanto modo de ejercicio, se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento o partes especiales de textos substantivos también)⁶.

La Academia de la lengua, tomando esta voz en su acepción jurídica, la define como derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe. Para Capitant, es el remedio jurídico por el cual una persona o el ministerio público piden a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado. Y para Couture, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho⁷.

⁶CABANELAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. 2003

⁷ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1º Ed. Electrónica

Chovienda expresa que la Acción no es más que él *poder jurídico de dar vida (porre in essere) a la condición para-* la actuación de la voluntad de la ley⁸.

Ahora que hemos abordado el concepto de acción y tenemos presente que es el mecanismo ideado para poner en marcha la función jurisdiccional, a partir de la cual se pretende –en otras posibilidades- que se resuelva o se dirima un conflicto dimanante entre dos o más partes. Al respecto existe toda una tipología o clasificación de aquellas, así Elberg Grunberg⁹ expresa una clasificación:

1. Atendiendo a la naturaleza del derecho al cual sirven de garantía, se dividen en Reales y Personales;
2. Según la naturaleza del objeto del derecho: en Muebles e Inmuebles;
3. Pueden ser Principales y Accesorias, atendiendo a si existen por sí mismas o en relación a otra acción;
4. Se dividen en Petitorios y Posesorias. Las primeras amparan el dominio, las segundas amparan y conservan la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.

La acción cautelar puede ser posicionada, según se denota en la tercera clasificación que dicho autor hace de las acciones, y con la cual podemos expresar que Acción Cautelar es el mecanismo procesal ideado para que el demandante pueda asegurar la efectividad de la resolución y que de no existir tales acciones se vería vulnerable al dictar una resolución que por el paso del tiempo se ha vuelto ineficaz.

⁸ CHOVIENDA, José. Principios del Derecho Procesal Civil, T. I. Editorial REUS, Madrid, España. 1922 Pág. 60

⁹ ELBERG GRUNBERG, Samuel. Compendio de Derecho Procesal Civil, Sin Editorial, Santiago de Chile, 1945. Pág. 13

Las acciones cautelares tienen por objeto conseguir una resolución judicial de carácter provisional que garantice la efectividad del derecho sustancial (la obtención, verbigracia, de un embargo; en cierto modo, la exhibición de la cosa mueble)¹⁰.

b) Proceso Cautelar

Las etapas esenciales del proceso cautelar clásico están invertidas en relación al proceso principal, pues, mientras este último divide su estructura en Demanda, Emplazamiento, Contestación de la Demanda, Prueba, Sentencia y Ejecución de la Sentencia, el orden del proceso cautelar clásico está formado por la Acción, Pretensión, Decisión, Ejecución y Contradicción. Además otro sector de la doctrina mira el proceso cautelar gozando de cierta autonomía, aunque mantenga su condición de instrumentalidad con el proceso principal, pues tiene una pretensión procesal independiente, así como criterios especiales de competencia y normas propias, en ese sentido para dichos teóricos el objeto de estudio de la teoría de las medidas cautelares es este proceso cautelar; como ejemplo tenemos la tratadista española Dra. Silvia BARONA VILAR, quien expone lo siguiente: *“...la actividad jurisdiccional cautelar como proceso, diferente del proceso de declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación de instrumentalidad respecto de ellos. Y entre otras razones, como apunta ORTELLS RAMOS, porque la pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, que en muchos casos es necesario establecer reglas de*

¹⁰ DE PIÑA, Rafael y CASTILLO LARRAGAÑA, José. Instituciones del Derecho Procesal Civil. 29º Ed. PORRUA Editorial, México, 2007. Pág. 162

*competencia específicas para pretensiones cautelares, normas distintas de las que se refieren al proceso principal...”*¹¹

También el argentino Jorge Leonardo KIELMANOVICH, siguiendo a su compatriota el maestro Hugo ALSINA, asume esta postura del estudio del proceso cautelar, concibiendo una pretensión cautelar de naturaleza provisional, distinta a la pretensión que es el objeto del proceso principal, esta opinión es expresada en estos términos: *“Por nuestra parte, concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo,…”*¹²

Carnelutti¹³ al respecto expresa: “Cautelar se llama al proceso cuando en vez de ser autónomo) sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo). Para asegurar el propio buen fin puede servir el proceso mismo (definitivo), a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela; por eso, cautelar puede ser, no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo... Puede también ocurrir, sin embargo, que un proceso entero cognitivo o ejecutivo deba hacerse, no para otra cosa, sino para constituir una cautela en orden al buen fin del proceso definitivo... La función mediata del proceso cautelar, implica, por tanto, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser

¹¹ CUBIAS NAVARRETE, William Alexander, “Motivación de la Detención Provisional”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. Págs.56-58

¹² CUBIAS NAVARRETE, William Alexander, “Motivación de la Detención Provisional”. Pág. 58

¹³ CARNELUTTI, Francisco, Instituciones del Proceso Civil. T.I. EJE Editorial, Buenos Aires, Argentina, Págs. 86-87

autónomo; el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo. No se excluye, naturalmente, que al proceso cautelar no acompañe el proceso definitivo, pero ello sólo puede ocurrir si antes del cumplimiento de éste se extingue la litis o se ventila el negocio; si así no ocurre, la composición de la litis o el desenvolvimiento del asunto exige el proceso definitivo.”

c) Proveimiento Cautelar

La teoría de las medidas cautelares de Piero CALAMANDREI se centra en las características de la providencia cautelar; especialmente en la relación de instrumentalidad existente entre la medida cautelar y la sentencia definitiva, de donde surgen los demás caracteres de dicha providencia, lo anterior es planteado por este tratadista en los términos siguientes: “...Así, pues, el objeto central del estudio que sigue será no el “proceso cautelar” sino la “providencia cautelar”; debido a que, como se verá, el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado (veremos, por ejemplo, que, según los casos, el proceso que tiende a una providencia cautelar, puede ser ordinario o sumario)”¹⁴.

La providencia cautelar se define como una anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retraso de la misma¹⁵.

Es menester hacer una observación necesaria, pues, estos términos antes enunciados, no son excluyentes, sino más bien inclusivos, lo

¹⁴ CUBIAS NAVARRETE, William Alexander, “Motivación de la Detención Provisional”, Pág. 60-61

¹⁵ CANALES CISCO, Oscar Antonio. Derecho Procesal Civil Salvadoreños, T.I. Sin Editorial y Edición. Pág. 160

enunciado en los párrafos precedentes es aplicable en el sentido de cómo una legislación le da tratamiento a esta institución jurídico procesal. Es así que esta triada: Acción Cautelar, Proceso Cautelar y Proveimiento Cautelar, agregando además el termino de Medida Cautelar se autocomponen, pues para que proceda esta última debe de iniciarse por medio de una acción, acción que tendrá como resultado un proveimiento cautelar para la adopción de aquella, siendo así que todo esto se da a través del denominado proceso cautelar.

d) Postura adoptada por nuestro Código Procesal Civil y Mercantil

Nuestra legislación Procesal Civil y Mercantil retoma el criterio de proceso cautelar, de acuerdo al Art. 451 que expresa que se deberá tramitar todo lo relacionado con las medidas cautelares en pieza separada sin suspender el proceso principal... Es en ese sentido que nuestra legislación adopta el proceso cautelar clásico, pues la medida cautelar es decretada sin audiencia previa a la parte contraria, según el Inc. 1º de su Art. 453; y la estructura de dicho proceso cautelar está dividida en la acción cautelar (Arts. 431 y 432, Inc.1º); pretensión cautelar (Art. 432, Inc. 2º); providencia cautelar (Art. 453); ejecución de la medida cautelar (Art. 454) y contradicción (Art. 455, Inc. 2º)¹⁶.

B. Cuestiones Terminológicas

Esta función garantista ha sufrido en los últimos tiempos una alteración importante, haciéndose extensiva en la medida en que se ha superado la posición de la doctrina procesalista acerca de la clásica teoría de las medidas cautelares, por cuanto éstas han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para extenderse, en muchas ocasiones, a cumplir una función

¹⁶ CUBIAS NAVARRETE, William Alexander, "Motivación de la Detención Provisional", Págs. 61-62

anticipatoria del fallo, lo que conlleva una superación del término “cautelar” para caer quizás en otro concepto más adecuado, como podría ser el de “prevención”. Esa idea de prevenir que conlleva las medidas cautelares en la actualidad no es sino producto de un cambio de posición ante la misma. No se trata tan sólo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión, lo que supone extender la función cautelar más allá, es decir, a esa idea de prevención a que hacíamos mención¹⁷.

En el Código Procesal Civil y Mercantil que entro en vigencia se acuño expresamente el término Medida Cautelar, así lo menciona Canales Cisco¹⁸, con anterioridad nuestra legislación no las reconocía expresamente bajo un concepto legal, pero se adoptaba la denominación generalizada.

Por último y para no dejar sin concepto valido alguno hasta este punto, diremos que, siguiendo a Fix Zamundio¹⁹: Deben considerarse como tales (a las medidas cautelares), los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave o irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.

3. Naturaleza de las Medidas Cautelares

Hasta este punto del estudio sobre las medidas cautelares se ha hecho mención a la discusión existente²⁰ en el ámbito terminológico-conceptual y la

¹⁷ BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares, Págs. 14-15

¹⁸ CANALES CISCO, Oscar Antonio. Derecho Procesal Civil Salvadoreños. Pág. 160

¹⁹ FIX-ZAMUNDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal.1^o. Ed. UNAM, México, 1991. Pág. 72

²⁰ A este respecto, ya no solo se habla de acción, proceso o proveimiento cautelar, la doctrina actual sigue postulando puntos de vistas que increpan el uso de aquellos términos y

dificultad existente entre los doctrinario para configurar este instituto jurídico procesal en este aspecto, pero no es solo en este punto que existe discordancia en los puntos de vista que se versan sobre el tema, existe un apartado que causa dificultad a raíz, de que a partir del mismo se le da la connotación procesal adecuada a esta figura.

Se habla en este punto de dirimir ¿cuál es la naturaleza de las medidas cautelares?, la doctrina y sus exponentes han creado un laberinto de argumentos que tienen a dos caminos a saber, algunos ven a esta figura procesal como un incidente dentro del proceso principal, pero en contra de esta posición se postulan los que consideran a tal instrucción procesal como diferente al proceso principal, abordaremos estas corrientes en los subsiguientes acápite para un panorama sobre la naturaleza del mismo, e intentar desenmarañar tal dilema

A. Como incidente dentro de un proceso principal

En primer lugar hemos de citar a quienes consideran que estamos ante la existencia de una capítulo diversificado de medidas cautelares, que no es proceso cautelar, con diversos procedimientos no reconducibles a unidad, en clara dependencia respecto del proceso principal (instrumentalidad). En esta tendencia doctrinal la actividad cautelar se ve como un complemento de los procesos de declaración y de ejecución: técnicamente un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo²¹.

B. Como un proceso diferente al proceso principal

En segundo lugar existe por sector doctrinal..., que considera a la actividad jurisdiccional cautelar como un proceso, diferente del proceso de

ante lo cual proponen otros términos, como por ejemplo: *petición cautelar*. Véase al respecto: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2: Cautela procesal. 1º Ed. JURIS Editorial. Rosario, Argentina, 2008. Págs. 9-16

²¹ BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares, Pág.15

declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación de instrumentalidad respecto de ellos. Y entre otras razones..., porque la pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, que en muchos casos es necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares, normas distintas de las que se refieren al proceso principal²².

Al respecto de estas posturas doctrinarias, y de la lectura del Art. 451 C.Pr.CyM., que expresa, entre otras cosas, que para la *sustanciación de las medidas cautelares se formara pieza separada*, asimismo menciona que, la solicitud para requerir la medida debe expresarse en *forma de demanda*, y de lo cual puede colegirse que nuestro C.Pr.CyM., adopta la postura de la medida cautelar entendida como un proceso, esto aun teniendo en cuenta el carácter de instrumentalidad de la misma, que no obstante no le coarta a esta doctrina encajar en nuestra legislación. Además de la mención de la frase que reza “*pieza separada*”, se puede hacer una interpretación, que aunque no se vuelva diferente al proceso principal el petitorio de una medida cautelar, le da un tratamiento diferenciado de aquel y en el cual existe un procediendo establecido en los artículos subsiguientes, que a saber son: Arts. 452 y 453, así como también los Arts. 449 y 450 todos del C.Pr.CyM.

4. Características de las Medidas Cautelares

Junto a todo el embrollo creado por la doctrina procesal sobre el tema en cuestión y principalmente en los dos puntos estudiados con anterioridad, existe un acuerdo parcial –por darle un nombre- en cuanto a ciertos aspectos

²² BARONA, Silvia. Ob.Cit. Págs. 15-16

de esta institución procesal, y es en relación a las características propias de aquellas, los cuales son:

A. Instrumentalidad

Por cuanto existen en consideración a un proceso en el cual se discute o, a veces, se discutirá un derecho incierto; o se posibilitará su ejecución cuando es cierto; o el del adecuado ejercicio de su defensa enjuicio. De tal modo, este carácter determina que, terminado el proceso (*principal*) cae automáticamente la cautela (*lo accesorio*)²³.

Expresa Sebastián Irún²⁴ siguiendo al Maestro florentino Calamandrei: Las medidas cautelares son instrumentales o accesorias, puesto que dependen de un proceso principal al cual sirven de ayuda y que es motivo de su existencia. Dice Calamandrei: "..., las providencias cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito." La medida cautelar está sujeta o subordinada a la existencia de otro proceso principal al cual sirve de apoyo (en la línea de eficacia), donde está en juego una pretensión distinta de la pretensión cautelar, independientemente de que la medida pueda ser decretada antes o después de promovido el proceso principal. En consecuencia, se niega la posibilidad de una "medida cautelar autónoma" o de una "cautela material" o "autosatisfactiva", independiente de

²³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2. Pág.55-56

²⁴ IRUM CROSKYE, Sebastián. Medidas Cautelares y Debido Proceso. 1º Ed. Universidad Americana. Asunción, Paraguay. 2009. Págs. 28-29

un proceso principal y que se agote con dicho pronunciamiento, porque ello desnaturaliza la esencia misma de la medida cautela.

La Sala de lo Constitucional al respecto ha mencionado que las medidas cautelares tienen carácter instrumental, es decir, que están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad; esto es, que más que el objetivo de actuar en el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva²⁵.

Sobre este respecto el maestro Carnelluti expresa: Cautelar se llama al proceso *cuando en vez de ser autónomo sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)*. Para asegurar el propio buen fin puede servir el proceso mismo (definitivo), a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela; por eso, cautelar puede ser, no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo²⁶.

B. Provisionales

Al respecto Lino Enrique²⁷ expresa: Las medidas cautelares son ante todo, *provisionales*: "subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron", y "en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento". Dado, pues, que las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, y se hallan encaminadas a asegurar el resultado práctico de otro proceso, parece claro, en primer

²⁵ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del 26 de febrero de 2002, Ref. 24-98. Líneas y Criterios de la Sala de lo Constitucional en Proceso de Inconstitucionalidad. 2002. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Incons2002.pdf>

²⁶ CARNELUTTI, Francisco, Instituciones del Proceso Civil. T.I. EJEA Editorial, Buenos Aires, Argentina. Pág. 86-87

²⁷ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. 17º Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág.773

lugar, que aquéllas caducan con motivo de la sentencia que, en ese proceso, desestima la pretensión deducida por quien las obtuvo.

Ramiro Podetti siguiendo al maestro Alsina, expresa que: la provisionalidad de las medidas cautelares es una consecuencia de no tener un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal dependiendo de las contingencias de este²⁸.

Se ha de agregar en este punto que: *la provisionalidad juega también durante el transcurso del proceso principal, y aun antes de que éste haya sido iniciado*²⁹, así hace mención el C.Pr.CyM., en el Art. 434, pues expresa que las medidas cautelares pueden ser solicitadas y adoptadas en cualquier etapa del proceso, inclusive antes del mismo, como diligencia preliminar.

Al respecto Sebastián Irún³⁰ expresa que: las medidas cautelares se caracterizan además por ser provisionales o provisorias: su existencia está limitada hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza, cualquiera sea el sentido de ésta: si la sentencia favorece al solicitante, la medida cautelar se transforma en una medida más enérgica, y por lo general, de su carácter originalmente preventivo pasa a convertirse en una medida ejecutiva; mientras que si la sentencia de mérito rechaza la demanda y por ende desestima la pretensión del solicitante, la medida también perece, dando lugar a su levantamiento.

Es a menudo confundido el término provisional con temporalidad, pero: "..., el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de

²⁸ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. T. IV. 2º Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1969. Pág. 32

²⁹ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 774

³⁰ IRUM CROSKYE, Sebastián. Medidas Cautelares y Debido Proceso. Pág. 31

interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoriedad* subsiste durante el tiempo intermedio. La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, *por su naturaleza* destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia³¹".

Al respecto de esta característica la jurisprudencia nacional expresa que las medidas cautelares son provisionales o temporales, es decir, sus efectos tienen duración limitada, no aspiran a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicta sentencia o resolución que pone fin al asunto³².

C. Proporcionales

En la jurisprudencia interna se expresa respecto a este carácter de las medidas cautelares que son proporcionales, en cuanto a que no pueden

³¹ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. 31-32

³² Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del 26 de febrero de 2002, Ref. 24-98. Líneas y Criterios de la Sala de lo Constitucional en Proceso de Inconstitucionalidad. 2002. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Incons2002.pdf>

adoptarse medidas cautelares desproporcionadas para conseguir el fin perseguido, que es únicamente el aseguramiento de la efectividad de la probable sentencia estimativa³³.

Al respecto de esta característica el C.Pr.CyM., expresa que en cualquier proceso civil o mercantil podrá solicitarse las medidas cautelares que se consideren *necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad* y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria (Art. 431) y lo encontramos con mención expresa en el Art. 432 Inc. 2º, pues enuncia que, el *Juez no podrá ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las solicitadas...*

Por su parte, la proporcionalidad implica que en la relación medio-fin, el primero cumpla con las características de idoneidad - que sea útil para el fin que pretende alcanzar -, necesidad - que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo - y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego³⁴.

D. Urgencia

Son urgentes, pues además de la idea de peligro –en sentido jurídico– precisa que exista urgencia, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad³⁵.

Cobra relevancia este carácter en cuanto que, como se apuntó al inicio de esta investigación, este instituto jurídico surge en virtud de brindar la eficacia necesaria a la resolución jurídica estimatoria, ya que entre el inicio y final o del proceso (como bien se dijo proceso cognitivo y proceso ejecutivo),

³³ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. 31-32

³⁴ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del 15 de abril de 2002, Ref. 84-2001. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Amparo. 2002. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Amparos2002.pdf>

³⁵ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. 31-32

transcurre un tiempo, que a menudo puede volver inoperante la sentencia, es así que el carácter de urgencia es de importancia vital dentro de un proceso, ya que de su oportuna solicitud y pronta adopción, resultaría una adecuada satisfacción al demandante que la solicita.

E. Variables o Flexibilidad

Esta característica debe apreciarse con referencia a la adaptación de la medida a las necesidades de cada caso particular, el C.Pr.CyM., al respecto de este carácter de las medidas cautelares hace referencia a la misma de manera expresa en el Art. 455, enunciando que una vez adoptadas aquellas y se tenga conocimiento de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, se podrá modificar el contenido de la medida cautelar, asimismo se puede colegir esta característica de la lectura del Art. 445 Inc. 1º del mismo cuerpo normativo, pues hace alusión a que las medidas cautelares deben ser *efectivas y conducentes* a su fin, es así que si una vez impuesta una medida cautelar que un inicio fue idónea a la pretensión planteada, pero que por circunstancia, procesales o no, ajenas al proceso o no, cambian el ámbito sobre el que recae aquella, será, según este último artículo, necesario cambiar la medida cautelar por una que sea efectiva y conducente a lo planteado.

Una derivación del mencionado carácter de provisionalidad de las medidas cautelares es su flexibilidad, en el sentido de que su despacho no es definitivo ni hace cosa juzgada parcial, sino que las condiciones de su procedencia pueden ser revisadas en cualquier momento (mientras no sea dictada la sentencia principal). Su vigencia depende de las contingencias del proceso principal y de las condiciones fácticas en que fueron dictadas, por lo

que pueden ser revocadas ante una variación de las circunstancias que determinaron su dictado³⁶.

La Sala de lo Constitucional al respecto expresa que las medidas cautelares son variables, es decir, que son susceptibles de alteración, variables y aún revocables, siempre de acuerdo al principio *rebus sic stantibus*³⁷, esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea por aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo, o disminución del *fumus boni iuris*³⁸.

F. No surten efectos de cosa juzgada

Esto se da en base a su carácter de instrumentalidad, variabilidad y provisionalidad, excluyendo la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada. Las medidas cautelares se configuran para asegurar la eficacia del proceso o procedimiento y no para privar de sus derechos a las partes que intervienen en el mismo, y siempre y cuando partan de una base común: la probable existencia de un derecho amenazado o *fumus boni iuris*, y el daño que ocasionaría al desarrollo normal del proceso, o *periculum in mora*. Es decir, que las medidas cautelares, lejos de constituir un acto privativo de derechos para las partes intervinientes en un

³⁶ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 32

³⁷ A este respecto se expresa Fix Zamundio en armonía –además– con el principio de instrumentalidad: En efecto, las medidas precautorias son un instrumento del proceso principal, por lo que siempre se determinan de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus*, es decir, en tanto no cambien las situaciones de hecho que sirvieron de apoyo a su concesión. FIX-ZAMUNDIO, Héctor y otros. Derecho Procesal. 1º Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, México. 1991. Pág. 72; Véase además: PALACIOS, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil. 17º Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 79-80

³⁸ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del 22 de marzo de 2002, Ref. 58-2001. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Amparo. 2003. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webli/Constitucional/Amparos2003.pdf>

proceso o procedimiento, tienen el carácter asegurativo, razón por la cual no es necesaria la audiencia previa³⁹.

Francisco Carnelluti, menciona que el proceso cautelar no conduce ni a la casa juzgada (...), a la cosa juzgada, porque su finalidad no consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes (...), por el contrario, mediante él se trata de crear un estado provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso cautelar, la *res* no es, pues *iudicata*, sino arreglada de modo que pueda esperar el juicio⁴⁰.

G. Otros caracteres

Otros autores y en la jurisprudencia nacional mencionan, entre otras características, a) Sumariedad⁴¹ o celeridad⁴² con la que es aplicada la Medida Cautelar; b) Caducabilidad⁴³, sobre este último carácter el C.Pr.CyM., lo rescata expresamente en el Art. 434, enunciando que tales medidas pueden ser solicitadas y adoptadas aun antes del inicio del proceso como diligencia preliminar, so pena de caducar de pleno derecho, si no se llega a presentar la demanda en el mes siguiente a la solicitud de aquellas⁴⁴. La

³⁹ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. 32

⁴⁰ CARNELUTTI, Francisco, Sistemas de Derecho Procesal Civil. T.I. UTEHA Editorial, Buenos Aires, Argentina. Pág. 387

⁴¹ Además, el despacho de las medidas cautelares es sumario: es decir, que no exigen un conocimiento judicial amplio previo a su determinación. La doctrina coincide que a diferencia de lo que ocurre con la sentencia definitiva –especialmente en los procesos de conocimiento–, el despacho de la medida cautelar requiere de un conocimiento meramente superficial, y no la certeza. IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 38

⁴² Por su misma finalidad, sus trámites son escasos y con términos procesales muy breves. CANALES CISCO, Oscar Antonio. Derecho Procesal Civil Salvadoreños. Pág. 161

⁴³ *Caducables* siempre que la ley admite que sean ordenadas en forma previa a la iniciación del proceso al cual acceden. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2. Pág. 56; PALACIOS, Lino Enrique, Ob.Cit. Pág. 779-780

⁴⁴ Es importante recalcar que la Sala de lo Constitucional ha expresado que: “Sobre las medidas cautelares preventivas, esta Sala ha dicho que la adopción ab initio de un

Sala de lo Constitucional⁴⁵ menciona además el carácter de *c) procesalidad, es decir, que se adoptan en un proceso o procedimiento con todas las garantías del mismo: audiencia, defensa, contradicción.*

5. Presupuestos de las Medidas Cautelares

Como se ha venido apuntando, a las medidas cautelares: deben considerarse como tales los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave o irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso. Esta es una de las categorías esenciales del derecho procesal, ya que el lapso inevitable..., por lo cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia, hace indispensable la utilización de estas medidas precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica⁴⁶.

Pero para que esta figura procesal pueda verter sus efectos en la vida procesal que pretende ejercer influencia, es menester que cumpla con ciertos requisitos para su procedencia, de lo contrario o de la falta de uno de ellos, tal institución no procedería, se habla a este respecto que las medidas

mecanismo jurídico-procesal tendente a permitir el eficaz funcionamiento de la justicia, con la mera presentación de la demanda por parte del actor, no supone per se la transgresión de los derechos o categorías jurídicas de carácter constitucional de la contraparte, ya que las medidas cautelares constituyen un mecanismo, dictado al inicio o en el transcurso de un proceso, tendente a asegurar la eficacia de la decisión definitiva a dictarse en el mismo, es decir, no constituye un mecanismo de tutela inmediata”. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del 22 de marzo de 2002, Ref. 58-2001. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Amparo. 2002. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Amparos2002.pdf>

⁴⁵ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del 26 de febrero de 2002, Ref. 24-98. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Proceso de Inconstitucionalidad. 2002. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Incons2002.pdf>

⁴⁶ FIX-ZAMUNDIO, Héctor y otros. Derecho Procesal. 1^º Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, México. 1991. Pág. 72; Véase además: PALACIOS, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil. 17^º Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 772-773

cautelares deben de cumplir con el requisito de: a) Apariencia de buen derecho o *Fomus Boni Iuris*; y b) Peligro de demora o *Periculum in Mora*, sin embargo, la doctrina suma un requisito más a esta lista, que a saber es: c) *Caución*. De esta triada, indispensable son los dos primeros de estos requisitos en todos los casos en que se solicite una medida cautelar (Art. 433 C.Pr.CyM.), no así, el tercero de ellos, ya que por la solvencia patrimonial sobre el que recae la solicitud de medida cautelar puede ser caudalosa (Arts. 446 a 448 C.Pr.CyM.).

Parafraseando al ilustre maestro Podetti cabe mencionar, que la diversidad de situaciones que hacen necesaria y procedente una medida de cautela sobre bienes, pruebas o personas, dificulta la doctrina de sus presupuestos. Sin embargo, expresa que, doctrinariamente se señalan dos (a este momento del desarrollo procesal de esta doctrina aun no tenía auge el tercer presupuesto, presupuesto que a la fecha para otros no tiene tal relevancia), por un lado la existencia de un derecho garantizado por la ley y por otro un interés jurídico que justifique ese adelanto al resultado de un proceso⁴⁷.

Entre nosotros –expresa Podetti-, Alsina entiende, que las medidas precautorias están sometidas a ciertas condiciones, siendo necesario en primer lugar la apariencia de un derecho invocado y justificado *prima facie*, es decir, que el juez procede aquí con conocimiento sumario; en algunos casos -agrega- basta la posibilidad de un perjuicio, cuya existencia la ley presume, y no se requiere por consiguiente, su justificación. En otros, en cambio, es necesaria la justificación de un peligro real e inminente... la

⁴⁷ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 69-70

aparición de daño inminente por el maestro, queda librada al criterio judicial, salvo en los casos en que el legislador lo haya precisado⁴⁸.

La Sala de lo Constitucional al respecto de estos presupuestos ha expresado: “Sobre las medidas cautelares..., se dijo que éstas implican la idea de prevención, pues con su aplicación se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria. Teniendo en cuenta lo expuesto, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia a la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento. En virtud de lo expuesto, es preciso señalar que, en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben corresponderse a los efectos que se pretenden garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que corresponda. En tal sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus bonis iuris*– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia –*periculum in mora*– supuestamente esperada, ante la aparición favorable a derecho. En efecto, el primero de dichos presupuestos permite advertir o visualizar la fortaleza jurídica razonable, que la sentencia definitiva puede ser favorable a la pretensión, asunto que da, al mismo tiempo, suficiente fundamento para decretar la medida cautelar razonable, ante el riesgo de ser ilusoria o inefectiva aquella misma sentencia⁴⁹”.

⁴⁸ ALSINA, Hugo, citado por PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 71

⁴⁹ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucional del 16 de septiembre de 200, Ref. 4-2003. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en procesos

Con relación a los dos presupuestos básicos ya enunciados, el C.Pr.C.y M., no presenta particularidades de destaque, ajustándose a los lineamientos tradiciones que requieren la acreditación sumaria de estos presupuestos⁵⁰. Se desarrolla en breve algunos apuntes sobre estos presupuestos para que puedan proceder las medidas cautelares.

A. Fomus Boni Iuris o Apariencia de buen derecho

La doctrina admite sin mayores discrepancias que las medidas cautelares, debido al carácter de sumariedad antes señalado, no requieren una prueba terminante del derecho invocado por el solicitante, sino sólo la apariencia de buen derecho, o lo que se conoce con el nombre de *fumus bonis iuris*⁵¹ del Derecho Romano. De ahí que se requiera un conocimiento sólo superficial, parcial, no exhaustivo del fundamento de la pretensión del solicitante, la cual será finalmente decidida en la sentencia de mérito que haya de dictarse luego del contradictorio⁵².

Por consiguiente, el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, ínterin, se consumasen los hechos que precisamente tienda a impedir. Basta, por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho (*fomus boni iuris*), a cuyo efecto el procedimiento probatorio es

de inconstitucionalidad. 2007. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webli/Constitucional/Incons2007.pdf>

⁵⁰ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 469

⁵¹ El concepto de verosimilitud reconoce como antecedente histórico inmediato la *cautio de dolo* del Derecho Romano, la cual consistía en la garantía que debía prestar el demandado por reivindicación cuando existían serios o fundados indicios de que la acción entablada en su contra podía ser acogida. IRUM CROSKYE, Sebastián. Medidas Cautelares y Debido Proceso. 1º Ed. Universidad Americana. Asunción, Paraguay. 2009. Pág. 41

⁵² IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. Págs. 40-41

meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida⁵³.

Castizamente, es *verosímil* lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble. Es decir que, siguiendo esa idea en su verdadera significación, ante la mera invocación de un derecho por quien actúa o actuará como actor en un proceso a base de pretensión no penal, *el juez le cree* —a veces, sin más; otras, luego de investigar sumariamente algún documento o testimonio de tercero— y acepta subjetivamente que es *verdad aparente* todo lo relativo a los fundamentos fácticos de la pretensión esgrimida. A pesar de ello, y para forjar dicha creencia, el juez no la oye al efecto en los casos de otorgamiento de cautelas pues la propia ley se lo prohíbe. De ahí que deba contentarse con los dichos del propio cautelante, amén de atender algunos testimonios traídos por el mismo interesado para otorgarla sin más, siempre a espaldas de quien sufrirá los efectos inmediatos y mediatos de lo que se cautele. Esto parece a simple vista un claro dislate en orden al adecuado resguardo del que debe ser siempre un irrestricto derecho constitucional de todo ciudadano a gozar del derecho de defensa enjuicio, máxime cuando la cautela afecta gravemente la esfera de libertad del cautelado, por impedirle el ejercicio de algún derecho constitucional (cual el del normal uso de lo propio, por ejemplo). Sin embargo, justo es reconocer que a veces se hace imprescindible ordenar alguna cautela para resguardar un derecho del cautelante (por ejemplo, el de propiedad) a riesgo de vulnerar otro (del cautelado) que puede incluso ser de mayor importancia en su esencial⁵⁴.

⁵³ PALACIOS, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 773

⁵⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2. Págs. 47-49

El C.Pr.CyM., en el Art. 433 Inc. 2º, hace referencia a este requisito, estableciendo que se debe de acreditar, en forma adecuada, la buena apariencia de su derecho, permitiéndole al juez, sin llegar al iter del proceso, considerar que la existencia del derecho alegado es más probable que su inexistencia.

B. Periculum in mora o Peligro de demora

Además, toda medida cautelar se halla condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora (*periculum in mora*), es decir, a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Corresponde destacar, asimismo, que en ese riesgo reside el *interés procesal* que respalda a toda pretensión cautelar. Por otra parte, no siempre es necesario que el peticionario de la medida acredite *prima facie* la existencia de peligro en la demora, pues median situaciones en las que éste se presume por las circunstancias del caso⁵⁵.

Fairen Guillen –citado por Ramiro Podetti- estima como una de las características de los “procesos cautelares” la de responder a la eliminación de un *periculum in mora* que no es –a juicio del primero- el peligro de un daño genérico jurídico, sino el peligro de ulterior daño “marginal” que podría derivar del retraso o duración temporal de los procesos declarativos⁵⁶.

El peligro en la demora o *periculum in mora* es al decir de los autores el requisito por excelencia de la medida cautelar, ya que constituye la justificación de su existencia misma. En efecto, la posibilidad de que la

⁵⁵ PALACIOS, Lino Enrique. Ob. Cit. Pág. 773

⁵⁶ Fairen Guillén, citado por PODETTI, J. Ramiro. Ob. Cit. Pág. 71

sentencia definitiva que vaya a ser dictada en el proceso pudiera resultar infructuosa y no pudiera ser ejecutada, es lo que da origen al instituto de la medida cautelar. En este orden de cosas, procederemos a analizar este requisito antes que los demás, y no como lo hacen la mayoría de los autores, que primero tratan acerca de la verosimilitud del derecho y recién *a posteriori* el peligro en la demora. Además apunta este autor que: Tratándose del elemento que sustenta en forma directa el dictado de la medida, el peligro debe ser real y objetivo, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto. De ahí que no sea suficiente la invocación de un simple temor o sospecha del solicitante; la pretensión debe fundarse en hechos que a la vista de cualquier persona en uso de razón, lleven a pensar que el peligro existe real y concretamente⁵⁷.

Al respecto nuestro C.Pr.CyM., en el Art. 433 Inc. 1º, enuncia que, las medidas cautelares sólo podrán adoptarse cuando se justifique debidamente que son indispensables por (entre otros) existir peligro de lesión o frustración a causa de la demora del proceso.

C. Caución

Dado que la naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instancia de *petición*, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. De ahí que no sea oído al efecto aquel contra quien se dirige. De ahí que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, todas las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, insisto,

⁵⁷ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 39-40

el afectado no participa. La palabra *contracautela* no es castiza. Pero en el preciso uso forense, refiere a la *caución*³¹ que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella. Por eso es que el neologismo está bien utilizado en el caso, toda vez que la *contracautela* es, en esencia, una *verdadera cautela* que el cautelante³² extiende a favor del cautelado para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a éste⁵⁸.

Finalmente, constituye uno de los presupuesto de las medidas cautelares que versan 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 cautelar⁵⁹.

Para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, ésta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato del actor de prestar fianza⁶⁰.

La contracautela –expresa Sebastián Irún- es una caución exigida al peticionario de una medida cautelar para asegurar el pago de las costas y los

⁵⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. Págs. 40-41

⁵⁹ PALACIOS, Lino Enrique. Ob.Cit. Pág. 773

⁶⁰ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 70

daños y perjuicios que pudieran resultar si la medida fuera solicitada sin derecho o con abuso del derecho. Esta caución funciona como "cautela de la cautela", como bien lo explica Calamandrei (aunque el término "contracautela" se debe a la original enseñanza de Chiovenda). Como hemos visto, esta caución halla su fundamento en el Derecho Romano, al cual se debe la creación de una amplia gama de *cauciones* o garantías que eran requeridas en ciertos casos por el pretor o el juez para asegurar la responsabilidad en caso de un daño futuro, fuera de un proceso o dentro de él⁶¹.

Por último las posibles clases de caución que garantizan la obligación primaria del cautelante son: 1) real; 2) personal y 3) juratoria⁶².

1) *Caución real* es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado por daño sufrido a causa de la traba de la cautela

2) *Caución personal* es la que presta una tercera persona con capacidad de obligarse y que, a raíz de ello, se convierte en fiador judicial del cautelante. Este tipo de caución no puede ser constituido por el propio cautelante, sino por un tercero convertido en su fiador.

3) *Caución juratoria* es el juramento que el mismo interesado (quien ya es naturalmente responsable por los daños que su cautela puede generar) hace para asegurar que cumplirá llegado el caso. Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal.

⁶¹ IRUM CROSKYE, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 45

⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. Págs. 43-44

El C.Pr.CyM., hace alusión a este presupuesto de las medidas cautelares, mencionando que la forma de esta contracautela deberá de indicarse en la solicitud de la medida cautelar y ofrecerá el dinero en las formas enumeradas (Art. 447 Inc. 1º), tal contracautela cumple la función de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la adopción y cumplimiento de aquella, siendo necesario llevarse a cabo antes de cualquier acto de ejecución de la medida (Art. 446). Este cuerpo legal, además es claro estableciendo lo antes mencionado como regla general, pero como es de todos conocidos que a toda regla general llega una excepción, este presupuesto no es libre de tal, ya que en caso de comprobarse la solvencia económica, o cuando el acervo patrimonial sea sensiblemente inferior y no pueda cargar con tal.

6. Objeto, Clasificación y Efectos de las Medidas Cautelares

A. Objeto o Finalidad de las Medidas Cautelares

Al respecto Podetti menciona que “no es fácil hallar un objeto o motivo suficientemente genérico que justifique y cubra todas las medidas cautelares. Mientras en unos casos resulta evidente la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación aún no reconocida por el órgano jurisdiccional (medidas para asegurar la ejecución); en otras, parece destacarse la finalidad de evitar daños (medidas de seguridad de bienes yacentes, depósito y venta de mercaderías, daño temido); o de que en el curso de un proceso cambie la situación de bienes o derechos litigiosos, produciendo una desigualdad en la posición de los litigantes (prohibición de innovar y contratar, anotación de litis); o se ocasione daño a las personas (guarda de menores, presuntos incapaces, mujer casada), o sea necesario

satisfacer necesidades urgentes (alimentos provisorios); o se imposibilite o dificulte la producción de medio probatorios (instrucción preventiva)⁶³”.

Expresa Alessandri que: “Las medidas precautorias tienen por objeto asegurar el resultado de la acción del demandante, tienden a evitar que el actor se vea burlado en sus derechos⁶⁴.”

La finalidad del llamado proceso cautelar, en sus orígenes –y, obviamente, en su esencia- es asegurar el resultado hipotético de una sentencia favorable. El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo período hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre, previamente con estas medidas provisionales, las que como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento jurisdiccional⁶⁵.

La Sala de lo Constitucional ha expresado que: en cuanto a las medidas cautelares, esta Sala ha establecido jurisprudencialmente que las mismas aparecen como los medios jurídico-procesales, cuya función es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto, garantizando así el eficaz funcionamiento de la justicia. En ese sentido las medidas cautelares lejos de constituir un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la pretensión del demandante, constituyen un

⁶³ PODETTI, J. Ramiro. Ob. Cit. 15-16

⁶⁴ ALESSANDRI R., Fernando. Curso de Derecho Procesal: Reglas Comunes a todo Procedimiento y del Juicio Ordinario. Sin Ed., El Esfuerzo Imprenta. Santiago de Chile, 1934. Pág. 114

⁶⁵ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Notas y Estudio sobre el Proceso Civil. 1º Ed. UNAN. México. 1994. Pág. 89

mecanismo -dictado ab initio o en el transcurso del proceso- tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se dicte en el mismo, por lo que no definen derechos ni resuelven controversias⁶⁶. Del mismo modo se expuso esta Sala enunciando que: La finalidad de las medidas cautelares es garantizar las resultas del proceso⁶⁷.

De la lectura del Art. 431 del C.Pr.CyM., se puede colegir que el objeto de tal institución jurídico-procesal es la de asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria.

B. Clasificación de las Medidas Cautelares

Nuestro C.Pr.CyM., expresa que las medidas cautelares son:

- 1ª. El embargo preventivo de bienes;
- 2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos;
- 3ª. El secuestro de cosa mueble;
- 4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;
- 5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales;
- 6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación;

⁶⁶ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del 15 de abril de 2002, Ref., 84-2001. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Amparo. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Amparos2002.pdf>

⁶⁷ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Habeas Corpus del 21 de marzo de 2003, Ref. 243-2002. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Habeas Corpus. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Habeas2003.pdf>

7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;

8ª. 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 y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

Se ha expresado citando a algunos doctrinarios que: Las medidas cautelares (no) deben entenderse como una mera enumeración, porque las que surgen de los textos legales no agotan la extensa gama de posibilidades de protección que se puede brindar⁶⁸. De igual modo, Fernando Alessandri expresa que, Esta enumeración –refiriéndose a la enunciada en los códigos- no es taxativa: no son estas las únicas medidas precautorias que pueden solicitarse. Fuera de estas, pueden pedirse cualesquiera otras⁶⁹.

Al respecto de la no taxatividad de las medidas cautelares, el C.Pr.CyM., expresa que se podrá solicitar otra medida que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional (Art. 437), es así que fuera del catalogo de medidas cautelares propuestas en el Art. 436, se podrá solicitar otra medida que no esté dentro de las enunciadas, ya que no tiene aplicación el sistema de numerus clausus.

Expresa Hugo Alsina⁷⁰: de lo expuesto resulta que las medidas precautorias son de diversa naturaleza y responden a fines distintos; lo que,

⁶⁸ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva de la Cámara de Familia de la Sección del Centro del 21 de Enero de 2002. Líneas y Criterios Jurisprudencias de la Sala de lo Civil. Año 2002. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Civil/lcivil2002.pdf>

⁶⁹ ALESSANDRI R., Fernando. Curso de Derecho Procesal. Pág. 115

⁷⁰ ALSINA, Hugo. Ob.Cit. 453-455

unido a las dificultades de la sistematización, y a lo moderno de su doctrina, hace que, por lo general, no exista en los códigos de procedimiento un título especial que las agrupe y fije sus condiciones; y que dentro de los códigos modernos que han intentado ese agrupamiento, sea éste diverso e incompleto. Las medidas precautorias se hallan pues legisladas en forma dispersa, y, a veces, con requisitos especiales. Tampoco se ha dejado librada su procedencia y oportunidad al criterio del juez, sino que se las ha autorizado expresamente en cada caso, de donde resulta que por su carácter excepcional las disposiciones que a ellas se refieren son de interpretación restrictiva. Teniendo en cuenta esas circunstancias, las medidas precautorias pueden ser clasificadas en varias categorías.

En la primera se incluyen las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario. Hemos visto que el que vaya a ser parte en un juicio puede pedir que se tome declaración a algún testigo de muy avanzada edad, o que se halle gravemente enfermo o próximo a ausentarse de la Capital; también puede pedirse la constatación de un hecho por peritos, sin perjuicio de apreciar su eficacia en la sentencia definitiva.

Una segunda categoría o clase de medidas cautelares la forman aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de la ejecución forzada, por ejemplo: embargo preventivo, inhibición, anotación de litis, intervención judicial.

Comprenden la tercera aquéllas sin las cuales podría resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar.

Una última categoría la constituye la caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las mismas medidas precautorias.

Así, no obstante la apelación de la sentencia de trance y remate en el juicio ejecutivo, el ejecutante puede obtener su cumplimiento dando fianza de responder de lo que perciba si la sentencia fuese revocada por el superior.

Por su parte Carnelutti expresa: el proceso cautelar debe distinguirse en proceso cautelar *instrumental* o *final*⁷¹, los cuales enuncia de la manera siguiente: Proceso cautelar instrumental es el que *tiende a garantizar los medios del proceso definitivo*; entran en esta categoría, entre otros, el *secuestro judicial*, así como el *secuestro conservativo*. Proceso cautelar final es, en cambio, el que *sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo*: tal es el *secuestro judicial* previsto.

Lino Enrique⁷² por su parte menciona que: Las medidas cautelares pueden clasificarse en dos categorías que atienden conjuntamente a la materia sobre la cual versen (cosas y personas) y a la finalidad que persiguen. De acuerdo con ese criterio se formula la siguiente clasificación: 1°) *Medidas para asegurar bienes*. Entre éstas, a su vez, cabe distinguir las que tienden a asegurar la ejecución forzada (embargo preventivo, intervención sustitutiva del embargo, secuestro, inhibición general) de las que persiguen mantener un *statu quo* respecto de bienes o cosas (prohibición de innovar y de contratar, anotación de *litis* e intervención de mera vigilancia), y 2°) *Medidas para asegurar personas*. Pueden a su vez tener por objeto la guarda provisional de aquéllas y la satisfacción de sus necesidades urgentes.

Del mismo modo Canales Cisco⁷³, las clasifica en Medidas Reales y Medidas Personales, las primeras comprenden aquellas medidas adoptadas

⁷¹ CARNELUTTI, Francisco, Instituciones del Proceso Civil. Pág. 88-89

⁷² PALACIOS, Lino Enrique. Ob.Cit. Pág. 775

⁷³ CANALES CISCO, Ob.Cit. Págs. 164-166

sobre bienes en general, que afectan a los mismos, tales como el secuestro de bienes muebles, la anotación preventiva, el embargo de bienes, el depósito judicial y el inventario de bienes. Mientras que las de carácter personal se garantizan la eficacia de la sentencia, adoptándose sobre el compromiso que adquiera una persona de una de las partes dentro del proceso civil sujeta a protección cautelar.

C. Efectos de las Medidas Cautelares

Expresa Canales Cisco⁷⁴, que la consecuencia jurídica primordial como tantas veces se ha dicho, consiste en asegurar la eficacia jurídica de la sentencia a favor de quién sea adoptado, es decir el solicitante. El efecto de las medidas cautelares es transitorio, lo cual significa que decretadas por el juez, sobre bienes, y transcurrido un tiempo fijado por la ley, desaparece la prohibición de disponer libremente de los mismos por parte del propietario.

Se puede distinguir, atendiendo a las distintas medidas cautelares, tres tipos de efectos⁷⁵:

a) Efecto de aseguramiento

Estos efectos responden a la teoría clásica de las medidas cautelares y suponen, como su propio nombre lo indica, un aseguramiento de la situación, de tal modo que, cuando llegue el momento procesal oportuno para hacer efectiva la estancia del proceso principal, pueda realmente hacerlo. Supuestos típicos de estas medidas cautelares son el embargo preventivo y la anotación preventiva de la demanda. Estas medidas cautelares con este efecto de aseguramiento no conllevan una satisfacción adelantada de la

⁷⁴ CANALES CISCO, Ob.Cit. Pág. 167

⁷⁵ BARONA, Silvia y otros. Ob.Cit. 26-29

pretensión deducida en el proceso, sino que obedecen a esa idea de aseguramiento para garantizar la efectividad de la sentencia.

b) Efecto de conservación pero no de simple aseguramiento

Se trata de preservar mediante estas medidas el status quo previo al conflicto, trascendiéndose, sin embargo, el mero efecto de aseguramiento, dado que esa situación que se preserva pudiera suponer asimismo la satisfacción de derechos e intereses de las partes. A través de todas estas medidas se está superando la clásica teoría de las medidas cautelares con el único efecto aseguramiento.

c) Efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión

A través de estas medidas de las que se predicen los efectos aquí apuntados aún damos un paso más, por cuanto se produce la satisfacción clara de la pretensión antes de que sea resuelta la pretensión en el proceso principal mediante sentencia. Piénsese en los alimentos provisionales en el proceso de filiación. En realidad estas medidas deberían ser las menos, por cuanto se acercan peligrosamente a la situación de la ejecución sin título a que se refería la doctrina tradicional. La realidad demuestra que existen supuestos, como el descrito, en el que la medida cautelar anticipativa de la satisfacción responde a un fundamento evidente, cual es la tardanza en la tutela declarativa que lleva a que, de no existir la mismas, se podría producir una verdadera situación injusta.

Se puede mencionar que los efectos de las medidas cautelares pueden variar según sea la adoptada particularmente para cada caso, asimismo podemos afirmar que el efecto general, como se ha venido apuntando en

toda la investigación hasta aquí descrita, que no es más que la de brindar eficacia a la sentencia final, para que tal pueda exigirse y cumplirse.

Se ha visto hasta lo enunciado en este último apartado, la necesidad de esta institución procesal, así como también, la necesidad de conocer su estudio, ya que de su correcto análisis, surge una correcta solicitud y su consecuente aceptación y aplicación.

CAPÍTULO III

DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES COMO MEDIDA CAUTELAR

Introducción Capitular

Ahora que se ha dilucidado un poco al respecto del tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial de las medidas cautelares, corresponde como siguiente paso en esta investigación, realizar un estudio sobre la figura objeto del presente trabajo. Es así que en el presente capítulo entre otros aspectos, se pretende exponer esta figura específica de las medidas cautelares en general, que a saber es: El Embargo, exponiendo conceptos, naturaleza, clase, así como los presupuestos y casos de procedencia y los efectos del mismo.

Se seguirá con la utilización de la doctrina, los cuerpos legales aplicables y la jurisprudencia expuesta al respecto, para encontrar las similitudes que, exponiendo la doctrina, acoge nuestro C.Pr.CyM., así como la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia, y en las cuales se evidenciaran las divergencias que existen entre ellos, pero que hacen basto y enriquecido este instituto.

Se evidenciará además un primer problema existente en el C.Pr.CyM, este es relacionado, y como se verá en el capítulo IV de esta investigación, con el tratamiento que se la da esta institución y la forma en como se procederá a su desarrollo, ya que existe un vacío legal en cuanto a este instituto jurídico procesal, pues, solo se expresa en un único artículo –Art. 438 C.Pr.CyM- tal figura, siendo necesaria la interpretación a partir de la integración del cuerpo legal citado, y es en este punto en donde existe la circunstancia problemática.

1. Concepto, Objeto, Naturaleza y Clases de Embargos

A. Concepto

El embargo es la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución. Es una diligencia que sólo puede ordenarse por el tribunal, ya que el acreedor únicamente puede obtener esa afectación fuera del juicio por vía convencional (hipoteca, prenda)⁷⁶.

Por su parte Podetti⁷⁷ expresa que el embargo preventivo es la medida cautelar que, afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, mientras se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal. Asimismo asegura que el embargo preventivo, en general procede en cualquier tipo de proceso, cuando se dan los supuestos que la ley prevé; antes de iniciado o en el curso de su desarrollo, mientras la sentencia definitiva no haya pasado en autoridad de cosa juzgada, teniendo en cuenta que –agrega el autor-, como el embargo preventivo afecta los derechos de una persona, antes de que la pretensión de quien lo pide sea reconocida por los jueces, la ley fija casos y requisitos para su procedencia, debe ser interpretada restrictivamente.

Es el tipo de *cautela* –menciona Alvaro Velloso- que se hace *sobre bienes materiales o inmateriales*, agregando ahora que deben ser de *propiedad* o de *posesión* del embargado y que tiene por objeto su específica asignación, al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por

⁷⁶ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V “Ejecución Forzosa y Medidas Precautorias. 2º Ed. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. Pág. 62

⁷⁷ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. T, IV. 2º Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1969. Pág. 215-215

sentencia o laudo (es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa⁷⁸.

El embargo cumple, en cierto sentido, un papel semejante al de la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la constitución de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda), pero la característica que fundamentalmente lo distingue de esa situación consiste en que aquél requiere, ineludiblemente, una resolución judicial⁷⁹.

B. Objeto

Adolfo Alvarado⁸⁰ expresa: que es el tipo de cautela que se hace sobre bienes materiales o inmateriales⁸¹..., y que tiene por objeto su específica asignación al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (es litigioso) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa. No obstante apunta este mismo autor que: Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, embargado) puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella, cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de depositario judicial, lo cual lo convierte en su guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía.

⁷⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2: Cautela procesal. 1º Ed. JURIS Editorial. Rosario, Argentina, 2008. Págs. 65-66

⁷⁹ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. 17º Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 670

⁸⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2: Cautela procesal. Págs. 65-66

⁸¹ Al usar estos términos de materiales e inmateriales el autor hace referencia en los primeros a bienes muebles e inmuebles, en el segundo de los casos a bienes que el derecho les ha dado la capacidad de ser adquiridos por una o varias personas, por ejemplo una marca o una patente de invención.

El objeto público de la medida se asegura en función del interés particular. Sigue expresando Podetti que la calificación de preventivo, que sirve para diferenciarlo de las otras especies de embargo, lo ubica dentro de las medidas cautelares, ya que su objeto es prevenir un posible daño, anticipándose al reconocimiento del derecho que asegura⁸².

Su objeto es la individualización y la indisponibilidad del bien afectado, mediante las cuales se asegura que el importe obtenido por la realización judicial del mismo será aplicado a satisfacer el interés del acreedor. La individualización se obtiene mediante el secuestro de la cosa mueble por el oficial de justicia y su entrega en custodia al depositario; por la anotación en el Registro de Embargos cuando se trata de inmuebles; por la notificación al deudor del ejecutado cuando recayere en un crédito; por la designación de un interventor si se trata de percibir prestaciones sucesivas (alquileres, consultorios de profesionales, entradas a un teatro, etc.)⁸³.

La Sala de lo Constitucional ha dicho que: El embargo de bienes es una medida cautelar que sirve para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, por lo que no otorga ni constituye derechos –de manera definitiva- a favor o en contra de una persona⁸⁴.

Se apunta en la doctrina y jurisprudencia que el objeto primordial del Embargo básicamente es el de asegurar la eficacia de la sentencia, eficacia que se deriva de la individualización de los bienes del cautelado-embargo, el cual no podrá disponer de los bienes sin autorización previa del juez y

⁸² PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. T, IV. Pág. 218

⁸³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Pág. 62

⁸⁴ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del 11 de enero del 2013, Ref. 219-2004. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en Procesos de Amparo. 2005. Disponible

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webli/Constitucional/Amparos2005.pdf>

poniendo en conocimiento al tercero adquirente, teniendo solo el uso y el goce de los mismos

C. Naturaleza

La naturaleza del embargo preventivo de bienes, no es otra que ser una medida cautelar propiamente dicha, se menciona propiamente dicha ya que como se verá inmediatamente en el siguiente apartado, existen otras dos clases de embargo que atienden a diferentes naturalezas de procesos y aunque su fin es la de resguardar bienes o prestaciones al igual que el primero mencionado, su adopción tienen a diferenciarse en aspectos de presupuestos de procedencia.

El embargo preventivo es la medida cautelar más solicitada en la praxis por su amplio ámbito de ejecución que no recae solo sobre bienes, sino también sobre prestaciones dinerarias que pueden llegar a satisfacer la pretensión del demandante.

D. Clase

Lino Enrique⁸⁵ expresa que existen tres clases de embargo: a) *preventivo*, b) *ejecutivo*, y c) *ejecutorio*.

- a) **El embargo preventivo:** reviste el carácter de una *medida cautelar* que puede solicitarse con miras a asegurar la eficacia o el resultado práctico de un eventual proceso de conocimiento o de ejecución, hasta tanto, en este último caso, el acreedor no cuente con un título ejecutivo *completo*. Como ocurre con todas las medidas cautelares, el embargo preventivo se acuerda sobre la

⁸⁵ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 670-671; PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. T, IV. 217-218

base de la prueba de la simple verosimilitud del derecho y requiere, asimismo, que quien lo pida preste la correspondiente *contracautela*. Es, además, susceptible de caducidad, en el supuesto de que el solicitante no entable la demanda dentro de cierto plazo contado desde la fecha de la traba, sin perjuicio de su posible levantamiento, aun hallándose pendiente el proceso principal, frente a la hipótesis de desaparecer o de modificarse las circunstancias de hecho en cuya virtud se lo concedió.

b) El embargo ejecutivo: es la medida que el juez debe acordar, como primera providencia, cuando se promueve una ejecución en virtud de un título ejecutivo judicial o extrajudicial. Dada la presunción de certeza que tales títulos ostentan, el otorgamiento de esta clase de embargo no requiere la prestación de contracautela. Tampoco se halla sometido al régimen de caducidad que es propio del embargo preventivo, y sólo puede ser levantado cuando el bien es inembargable o en el supuesto de que haya prosperado alguna de las excepciones que la ley autoriza a oponer al progreso de la ejecución. De allí que ni por sus presupuestos, ni por sus consecuencias, sea admisible asignar al embargo ejecutivo el carácter de una medida cautelar.

c) El embargo ejecutorio: finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por sentencia firme. El embargo ejecutivo se *convierte*, pues, en ejecutorio cuando se verifica cualquiera de las situaciones precedentemente mencionadas. De donde resulta, asimismo, que adquiriendo el embargo carácter ejecutorio por simple conversión, no es

necesaria resolución judicial alguna que le confiera expresamente tal carácter.

Termina expresando este autor que lo que interesa destacar es que al convertirse en ejecutorio, el embargo se transforma en *definitivo*. En efecto, mientras que el embargo preventivo y el embargo ejecutivo constituyen, aunque con distinto alcance, medidas provisionales, cuando el segundo se convierte en ejecutorio se procede inmediatamente al pago del acreedor o a la realización de los bienes respectivos mediante la venta judicial, según sea el caso.

2. Presupuestos para su aplicación⁸⁶

Podetti⁸⁷ menciona que siendo esta una medida cautelar específica, concurren en ellas los tres presupuesto básicos para su procedencia, que a saber son, como ya se han mencionado supra: a) existencia de un derecho o *fomus boni iuris*; b) el peligro de demora o daño o *periculum in mora*; y la contracautela. El primero de ellos será estudiado en este apartado como “situación cautelable y su acreditación”, mientras que el tercero de los mencionados seguirá en el estudio de “notoria solvencia o prestación de fianza por el solicitante”, es menester aclarar además que junto a estos requisitos genéricos surgen otros propios de esta institución jurídica, como lo es: d) proporcionalidad entre el embargo y deuda.

Por ser un tema ya expuesto con anterioridad, en este apartado se tocará de manera somera este subtema y remitimos a lo expuesto supra.

⁸⁶ Es menester recalcar como ya se apuntó supra siguiendo a Podetti y como hace alusión además Hugo Alsina que: “Las disposiciones relativas al embargo preventivo deben interpretarse restrictivamente, porque se trata de limitaciones impuestas al derecho de propiedad en base a una mera presunción”. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Pág. 458

⁸⁷ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 221

A. Situación Cautelable y su Acreditación

La acreditación *prima facie* de un derecho, es requisito básico para la procedencia del embargo preventivo y aunque a veces parezca que la ley prescinde de él⁸⁸.

Se habló de esta circunstancia cuando se abordó el tema de los presupuestos de las medida cautelares, supra⁸⁹, solo se ha de agregar, que es indispensable acreditar esta circunstancia en el embargo preventivo, no así en el embargo ejecutivo y aún menos en el embargo ejecutorio, de los cuales se ha tratado con anterioridad, pues, solo en el primer se ha realiza el estudio de este y los demás presupuestos generales de las medidas cautelares, ya que el embargo ejecutivo, resulta o tiene aplicación como *substantia propria del juicio ejecutivo* y en ningún momento es menester acreditar tal circunstancia⁹⁰, de igual modo en el embargo ejecutorio, no es menester exponer estos presupuesto.

Como tal la situación cautelable consiste en un derecho de crédito⁹¹ (o en la obligación correspondiente) a una prestación dineraria o de una cierta cantidad de una cierta especie, derecho en el que se funda la pretensión interpuesta o que deberá interponerse en el proceso principal⁹².

⁸⁸ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 221

⁸⁹ Vid. Presupuestos para la aplicación de las Medidas Cautelares, "Fomus Boni Iuris"

⁹⁰ El C.Pr.CyM., no hace mención al respecto sobre la acreditación de los presupuestos generales de Fomus Boni Iuris y Periculum in Mora, tanto en el embargo ejecutivo como en el embargo ejecutorio, basta en este caso la sola acreditación adecuada del derecho alegado, se puede hablar en este sentido de una excepción a la regla general de garantizar el derecho alegado, pues la ley lo presume con la sola exhibición del documento base de la acción.

⁹¹ No es exclusivo de los derechos crediticios la petición para trabar embargo sobre bienes muebles e inmuebles, perfectamente se puede solicitar tal figura en para el cumplimiento de cualquiera de los otros tipos de obligaciones, no obstante el párrafo citado toca el tema del embargo ejecutivo y es por esa razón que se hace alusión a una obligación crediticia.

⁹² BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1993, Pág. 57

B. Proporcionalidad entre embargo y deuda

El embargo sobre bienes en general decretado con motivo de cualquiera de los casos recién presentados, ha de ser *siempre valuado en dinero*. Su monto debe ser razonable y suficiente pero no excesivo, limitándose a la suma necesaria para cubrir el total de la deuda, sus intereses y las eventuales costas estimadas prudencial y provisoriamente. Todo ello debe ser establecido siempre por el juez de la forma más objetivamente posible, teniendo al efecto en miras el valor de venta eventual en subasta del bien embargado para que pueda alcanzar a cubrir el monto total del crédito reclamado y los accesorios recién mencionados⁹³.

El acreedor, cualesquiera que sean las seguridades que se le hayan dado en garantía de su crédito, y aun cuando ninguna se le hubiera conferido, tiene derecho a embargar bienes suficientes para cubrir la cantidad demandada. Pero el monto del embargo debe ser proporcional a la deuda, pues, como se ha dicho, si el acreedor tiene derecho a garantizar suficientemente su crédito, no le es permitido causar perjuicios innecesarios a su deudor, y es entonces cuando el juez aplica la facultad de apreciación que le hemos reconocido precedentemente. Como consecuencia, el acreedor tiene derecho a pedir la ampliación del embargo cuando los bienes embargados no cubran el crédito reclamado, y, a su vez, el deudor tiene derecho a solicitar la reducción del embargo en la medida suficiente a ese propósito, aun cuando él mismo los hubiera ofrecido⁹⁴.

El embargo debe trabarse hasta cubrir el importe que resulta del título que sirve de base a la ejecución; pero, para determinar su monto, es necesario

⁹³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos. Págs. 71-72

⁹⁴ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Pág. 69-70

tener en cuenta diversas circunstancias. Tratándose de una deuda solidaria, puede demandarse el pago de la totalidad a cualquiera de los deudores...; en caso contrario, sólo puede trabarse embargo sobre los bienes de los ejecutados por el importe de su deuda en la obligación.... Tratándose de una sentencia que condena a pagar una suma de dinero con sus respectivos intereses, éstos pueden capitalizarse, siendo suficiente para el efecto la liquidación que prima facie aparece practicada sobre las constancias de autos y dentro de una prudencial estimación. El juez debe fijar, igualmente, una cantidad para responder al pago de los intereses posteriores a la ejecución y a los gastos que se produzcan en el juicio⁹⁵.

C. Notoria solvencia o prestación de fianza por el solicitante

Al emitirse el decreto cautelar se puede dar una situación de desigualdad, ya que a favor de uno de los sujetos obra una resolución a la cual no le ha mediado el derecho de respuesta por la misma naturaleza de las cautelas, ello hace necesario que para llevar la igualdad procesal al plano de lo cautelar, sea exigida de la persona que solicita la medida un acto de contragarantía. De la misma manera que la medida cautelar, garantiza posibles afectaciones a los derechos del que las pide, en el caso de las contracautelas son respecto del sujeto en contra de quien son dictadas aquellas. Resulta de mucha importancia establecer que, de la misma manera que las medidas cautelares son una anticipación a los efectos de la sentencia definitiva, las contracautelas también son, pero no sólo de la providencia última, sino del mismo decreto cautelar, ya que se presentan como mecanismo de prevención en el caso que la medida cautelar de quedar sin efecto o sea modificada en el transcurso del proceso; tal es la diferencia fundamental entre ambas instituciones, pues en ambas pueden aplicarse los

⁹⁵ ALSINA, Hugo. Ob.Cit.. Pág. 70-71

mismos tipos, por ejemplo la fianza como medida cautelar y como contracautela o la caución juratoria como cautela o como contracautela. Las Medidas Cautelares pueden quedar sin efecto o ser modificadas, entre otros factores, por la existencia de falsedad en los hechos, así sea en forma parcial o total. Cuando quedan en efecto en forma total las cosas tienen que regresar al estado en que se encontraban antes de ser dictadas las mismas, pero si no se tomo una garantía para prever un resultado futuro como el de cesación, se puede producir una afectación en los derechos de la persona en contra de quien se dictaron las medidas, lo cual puede variar de acuerdo al tipo de medida implementada⁹⁶.

El C.Pr.CyM., al referirse a este punto, expresa que, por regla general el que solicite la medida cautelar debe de prestar caución por posibles daños y perjuicios que se llegarán a ocasionar en el patrimonio del demandado (Art. 446), a esta regla existen las excepciones siguientes: a) Que el demandante tenga una capacidad económica inferior al demandado (Art. 448 Inc. 1º), y, b) En sentido contrario, que el demandante tenga una capacidad económica lo suficientemente alta para hacerle frente a la viscisitudes que podrían darse en torno al embargo.

D. Peligro en la demora

Expresa Podetti: He afirmado que el peligro en la demora constituye la razón de ser de las medidas cautelares, lo que las justifica como institución jurídica. Por lo tanto, en ningún supuesto debería prescindirse de este requisito en el embargo preventivo, lo que no implica, por cierto, que siempre ha de exigirse que el actor lo acredite. La ley puede, en ciertas situaciones,

⁹⁶ AYALA URRUTIA. Edwin Ernesto. "Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia." Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 1999. Pág. 32

presumirlo, por la situación de las personas, la naturaleza de la acción o el estado del proceso en el cual se pide. La situación de una persona que traslada su domicilio o no lo tiene en el lugar donde debe cumplir la obligación y carece de arraigo en él, hace presumir peligro de falta de bienes suficientes para responder a un crédito⁹⁷, entre otros.

El peligro que la medida cautelar de embargo preventivo persigue contrarrestar es el de que el deudor que ha sido o va a ser demandado prepare su insolvencia y, con ello, haga imposible o dificulte gravemente la futura ejecución por obligaciones pecuniarias⁹⁸.

E. Otros presupuestos

En cuanto a los presupuestos objetivos del embargo, suelen mencionarse los siguientes: a) la existencia de un bien en sentido restringido; b) que ese bien sea enajenable; y c) que ese bien sea embargable⁹⁹.

3. Casos en que procede y Efectos del embargo

A. Casos en los que procede el embargo

Procede en los juicios (declarativo –ya sea común u ordinario- y en los especiales) en los que de acuerdo al artículo 438 C.P.C.M., lo reclamado sea una deuda en dinero, frutos, rentas o cosas fungibles convertibles en dinero por aplicación de precios ciertos, y en cualquiera que sea la acción deducida, siempre que se acrediten los requisitos exigidos por la ley. La simple interposición de la demanda, salvo en los casos expresamente establecidos

⁹⁷ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 223

⁹⁸ BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares. Pág. 62

⁹⁹ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 672

en aquélla, no autoriza el embargo preventivo sin el previo cumplimiento de esos requisitos¹⁰⁰.

El Art. 438 C.Pr.CyM., expresa que el embargo preventivo procede en los casos siguientes:

1º Que el deudor no tenga domicilio en la República.

2º Que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, o por contrato bilateral de existencia justificada cuando el acreedor hubiera cumplido con su parte, o bien ofreciese el cumplimiento o la obligación fuera a plazo.

3º Que se acredite la intención del deudor de enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía, aunque la deuda esté sujeta a plazo o condición; o que se justifique la disminución apreciable de la solvencia del deudor después de contraída la obligación, por cualquier causa.

4º Que se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos y el demandado no contare con seguro de responsabilidad; o que, en caso de contar con dicho seguro, la compañía aseguradora esté en proceso de liquidación en el momento de iniciarse el proceso o en forma sobrevenida.

En el inciso segundo de tal disposición se expresa categóricamente que fuera de los casos antes mencionados procederá el embargo si resultara la medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

Entre los casos que facultan a solicitar el embargo preventivo, se incluyen situaciones que permitan afirmar la existencia de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho de crédito del peticionante (Nº 3º y 4º del Art.

¹⁰⁰ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Pág. 457

438). En el N° 2º del citado artículo se refiere a la prueba de la existencia del crédito del peticionante, cuando esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, aunque no se indica en ese caso si el peticionante debe igualmente acreditar el restante presupuesto de toda medida cautelar: *el peligro en la demora*. Consideramos que deberá acreditarse de todas formas, porque se trata de un presupuesto general de toda medida cautelar, por lo que no sería suficiente que el peticionante acredite su calidad de acreedor mediante instrumento público o privado, sino que deberá además justificar que la demora del proceso conlleva en el caso concreto, en base a circunstancias objetivas que deberá alegar y acreditar sumariamente, un riesgo cierto de lesión o frustración de ese derecho de crédito. Sin perjuicio de que eventualmente, el instrumento público o privado pueda configurar en el caso concreto un título ejecutivo (Art. 457), y en ese caso podrá solicitarse el embargo de acuerdo a lo previsto en el Art. 459 (demanda ejecutiva). En cuanto al primer inciso del artículo 438, cabe la misma apreciación: la circunstancia de que el deudor no tenga domicilio en la República, no conlleva, necesariamente, un riesgo de lesión o frustración del derecho del actor, y tampoco excluye la necesidad de acreditar el restante presupuesto exigido con carácter general en el Art. 433 (la buena apariencia del derecho del peticionante)¹⁰¹.

B. Efectos del embargo¹⁰²

El embargo no importa desapropio, pues la cosa embargada continúa siendo propiedad del ejecutado mientras no se proceda a su enajenación por orden judicial. Tampoco importa la constitución de un derecho real, ni

¹⁰¹ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 474

¹⁰² Vid. Art. 616 y 619 ambos del C.Pr.CyM

engendra una hipoteca judicial, ni atribuye al acreedor ningún poder sobre la cosa embargada. Su efecto no es otro que el poner la cosa a disposición del juez que ordenó el embargo, sin cuyo conocimiento no puede dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente¹⁰³.

En cuanto a sus efectos el embargo produce, en primer lugar, el de individualizar e inmovilizar uno o más bienes del deudor, asegurando que el importe resultante de su eventual realización se destine a la satisfacción del derecho del acreedor. Pero el bien o bienes embargados continúan siendo de propiedad del deudor hasta el momento de su realización¹⁰⁴. Además, el embargo no excluye totalmente las facultades de disposición sobre los bienes afectados por la medida¹⁰⁵, como ya se ha apuntado. Las cosas embargadas, en efecto, pueden ser objeto de los contratos siempre que se declare la existencia del embargo. Pero en razón de que el embargo afecta a la cosa en sí, y se transmite con ella, ocurre que el contrato es inoponible al embargante, y los derechos del adquirente quedan supeditados a las resultas del proceso en el que se trabó la medida, sin perjuicio de que, mediando autorización judicial, el embargo se traslade al precio de venta (*pretium sacceclit loco rei*)¹⁰⁶.

En otras palabras: el embargo sobre bienes del deudor puede alterar la situación jurídica, tanto del deudor como de algunos de sus bienes pero, atención, en nada modifica la situación de hecho existente al momento de la traba de la cautela: después de ella, todo permanece igual que antes en el

¹⁰³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Pág. 62

¹⁰⁴ Se habla en este caso de que el embargado solo posee el uso y goce del bien embargado, no así la disposición del mismo; es decir, el embargo una vez trabado limita las facultades de dominio sobre el bien gravado.

¹⁰⁵ Para que proceda la enajenación de un bien gravado con embargo será menester que el adquirente tenga presente tal circunstancia y que el juez autorice tal acto.

¹⁰⁶ PALACIOS, Lino Enrique. Ob.Cit. Pág. 671

terreno factico de la realidad social. De ahí que esta antiquísima cautela – refiriéndose al embargo-, sobre la cual han elaborado todas las demás, es la que menos daño causa o puede causar al deudor¹⁰⁷.

a) En relación a los bienes embargados

El embargo no importa desapropio, pues la cosa embargada continúa siendo propiedad del ejecutado mientras no se proceda a su enajenación por orden judicial. Tampoco importa la constitución de un derecho real, ni engendra una hipoteca judicial, ni atribuye al acreedor ningún poder sobre la cosa embargada. Su efecto no es otro que el poner la cosa a disposición del juez que ordenó el embargo, sin cuyo conocimiento no puede dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente.¹⁰⁸

Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, *embargado*) puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella, cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de *depositario judicial*, lo cual lo convierte en su guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía¹⁰⁹.

El principal efecto del embargo, consiste en la inoponibilidad al acreedor, de los actos de disposición posteriores que realice el ejecutado sobre los bienes embargados¹¹⁰.

El embargo preventivo, "que es el aseguramiento de una posible sentencia de condena a entregar una suma de dinero que es embargad, el

¹⁰⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos. Pág. 69

¹⁰⁸ ALSINA, Hugo. Ob.Cit.. Pág.64

¹⁰⁹ ALVARADO VELLOSO, Ob.Cit. Págs. 66-67

¹¹⁰ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 672

cual recae siempre sobre bienes muebles e inmuebles, el efecto fundamental del embargo es que saca los bienes del comercio, en el caso de los inmuebles debe inscribirse en el registro respectivo¹¹¹.

Cuando el embargo recae sobre un bien (ya sean muebles o inmuebles) que necesariamente debe estar inscrito en un registro (casa, automóvil, entre otros), tal acto se trabara a través de un oficio librado al registro respectivo para hacer efectivo aquel.

En cuanto a los bienes que no están inscritos, procede la figura del secuestro judicial.

b) En relación al proceso principal

Como ya se ha apuntado supra y de acuerdo a la práctica el embargo no detiene el curso del proceso principal, así se colige de la lectura del Art. 451 C.Pr.CyM., el cual categóricamente expresa que..., *en ningún caso suspenderá el curso del proceso principal*, por lo tanto el proceso principal se seguirá tramitando de la forma establecida en la normativa y según sea el proceso.

Además se dice que por la característica de instrumentalidad, esencial de las medidas cautelares, vincula al embargo preventivo con un proceso principal y ello tiene precisas repercusiones en el régimen jurídico de aquel. De ellas vamos a tratar aquí la ratificación del: a) embargo preventivo previo al proceso principal y la b) extinción del embargo por terminación de ese proceso¹¹².

¹¹¹ AYALA URRUTIA, Edwin Ernesto. "Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia" Pág. 16

¹¹² BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares. Págs. 81-82

Para que el embargo obtenido antes de iniciado el proceso no se convierta en un acto ineficaz es que se establece la carga de presentar la demanda principal... El cumplimiento de este requisito condiciona la subsistencia del embargo. No cumplido el plazo legal, el embargo debe extinguirse, con las consecuencias derivadas sobre responsabilidad del solicitante.

En el segundo de los casos, con la terminación del proceso principal el embargo preventivo debe extinguirse, aunque de modo distinto según los casos. Una simple extinción se produce si el proceso principal termina con sentencia absolutoria o, de manera más precisa, de cualquier modo distinto a la sentencia condenatoria. La razón es que la función de aseguramiento no está justificada al no poder seguir ejecución. Si el alzamiento del embargo se acuerda en la misma resolución que pone fin al proceso principal, generalmente se requiere la firmeza de la resolución para ejecutar aquel pronunciamiento.

En este punto de finalizado el proceso, específicamente con una sentencia condenatoria el embargo debe extinguirse en su calidad de preventivo para dar paso a los efectos del embargo ejecutivo. Ese tránsito se debe producir sin solución de continuidad, porque una ruptura entre los efectos del embargo preventivo y los del ejecutivo abriría un nuevo período de peligro para la efectividad de la tutela jurisdiccional y, sobre todo, si durante la vigencia del embargo preventivo se hubieran producido transmisiones u otros embargos de los bienes, quedaría frustrada la eficacia de aquél, porque el posterior embargo ejecutivo no podría recaer sobre los bienes transmitidos, ni conservar la preferencia de cobro originada por el embargo preventivo.

C. Embargos sucesivos. Preferencia

La prioridad de los acreedores se determina por el orden en que se han trabado los embargos, según las formalidades prescriptas para cada caso, y no por la fecha de iniciación de los juicios. Así, tratándose de inmuebles, la preferencia se determina por la fecha de su inscripción en el Registro; en el embargo de créditos, por la fecha de la notificación al deudor del ejecutado. El primer embargante tiene prioridad sobre los de fecha posterior, aun cuando estos últimos tengan privilegios generales o de justicia, porque tales privilegios sólo pueden hacerse valer en caso de concurso; pero no afecta al privilegio especial, desde que éste puede invocarse aun cuando no haya concurso; sin que la cuestión de privilegio pueda plantearse en el juicio donde se ha decretado el embargo, sino en el expediente donde se hallan depositados los fondos producidos por la subasta del inmueble que fuera objeto del embargo. El primer embargo determina también la prioridad del tribunal para el cumplimiento en caso de embargo sucesivo, ante quien deberá discutirse la preferencia deduciendo la correspondiente tercería de mejor derecho. Así, la consignación de la cosa embargada debe hacerse a la orden del juez que decretó el primer embargo. La cuestión que planteen otros embargantes debe sustanciarse, como es obvio, con el ejecutante, pero el ejecutado no puede oponerse a que aquél se allane al cobro preferente del primer embargante¹¹³.

4. Competencia para decretar el Embargo

Cabe hablar ahora sobre los momentos para solicitar y decretar el embargo, ante lo cual es preciso tener presente la clasificación que supra se ha apuntado con respecto al embargo.

¹¹³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Págs. 65-68; PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Págs. 671-672

A. Antes de iniciar el proceso

Antes de promoverse la demanda procede el embargo preventivo atendiendo a la situación del presunto deudor y a la naturaleza, origen o garantía del presunto crédito. También según la prueba que se aporte de la verosimilitud del crédito¹¹⁴.

Se habla en este momento del verdadero embargo preventivo como medida cautelar propiamente dicha. El C.Pr.CyM., expresa que las medidas cautelares en general podrán adoptarse como diligencia preliminar al proceso, pero en este caso deberá presentar la demanda dentro del mes siguiente a la adopción de aquella (Art. 434), caso contrario la medida caducará de pleno derecho.

En la vida práctica por no existir en este momento una competencia establecida por no haberse iniciado el proceso, la solicitud es presentada en la Secretaría Receptora y Distribuidora de Demandas, Solicitudes y Diligencias Preliminares¹¹⁵, la cual una vez recibida tendrá que adjudicar el proceso a un tribunal o juzgado específico para conocer. En los lugares en que no haya tal oficina la competencia se conocerá siguiendo los criterios que el C.Pr.CyM., establece; territorial (Arts. 33 - 36), funcional (Art. 38), objetiva (Art. 37) y en razón del grado (Arts. 27 - 32 y 39), teniendo vigencia además la sumisión tácita (Art. 43) de la misma.

B. Al momento de iniciar el proceso

Se evidencia ahora en una doble forma de apreciar al embargo: a) embargo propiamente dicho como medida cautelar; y b) embargo ejecutivo. En ambos casos el embargo se solicita con la respectiva demanda, es

¹¹⁴ PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Pág. 226

¹¹⁵ Vid. Arts. 153 y 153-BIS ambos de la Ley Orgánica Judicial

necesario recordar que lo que diferencia uno del otro es el estudio que el juez hace para decretarlos, ya que en el primer caso es fundamental y necesario la concurrencia de los presupuestos que se ha venido apuntando, tanto general como en particular para adoptarlos (Art. 434 C.Pr.CyM, en relación a los Arts. 433 y 451 Incs. 2º y 3º del mismo), no así en el segundo de los casos planteados que solo basta con la presentación de documento base de la acción y su posterior reconocimiento de legitimada para que proceda el decreto de embargo¹¹⁶ (Art. 460 C.Pr.CyM en relación a los Arts. 459 y 457 del mismo).

Al igual que el caso anterior, será competente para conocer el proceso el juzgado o tribunal que la secretaria receptora de demandas, solicitudes y diligencias preliminares establezca, teniendo aplicación asimismo los criterios de competencia que se han mencionado en los casos especiales a que se hizo alusión.

C. Con posterioridad de iniciado el proceso

Como se apunto en el literal A del presente, el Art. 434 C.Pr.CyM., expresa que las medidas cautelares pueden ser adoptadas en cualquier etapa del proceso incluso con posterioridad a su inicio, es importante tener en cuenta que en la vida práctica, y haciendo remembranza de lo dicho anteriormente con relación al objeto de las medidas cautelares, generalmente se adoptan con anticipación o junto con la demanda, no con posterioridad, ya que de solicitarse, decretarse y trabarse en este caso, el demandado tendría la oportunidad de enajenar o evitar el cumplimiento de la sentencia final,

¹¹⁶ Doctrinariamente se habla que el caso del proceso ejecutivo, es una de las excepciones en las cuales las leyes dan por sentado el presupuesto de *fomus boni iuris* y dejan de lado el segundo de los presupuestos.

existiendo una verdadera vulneración a la petición realizada por el demandado.

Cuando excepcionalmente se adopte una medida cautelar una vez iniciado el proceso, será competente para conocer el juez de la causa principal.

5. Procedimiento

Hasta este punto se ha tratado el embargo pero en aspecto meramente conceptuales por así denominarle, pero corresponde hablar, ahora, sobre el embargo en su aspecto procedimental.

A. Solicitud

De acuerdo al Art. 451 Inc. 2º C.Pr.CyM., la solicitud mediante la cual se requiera una medida cautelar tomará la forma de demanda, además agrega que se justificará la concurrencia de los presupuestos exigidos para la adopción. En este punto es el Art. 276 del mismo cuerpo normativo que expresa lo que contendrá una demanda, a los cuales, como recién se ha expuesto se agregaran los presupuestos de las medidas cautelares (fomus boni iuris y periculum in mora). La primera de las disposiciones recién citadas agrega que se deben de acompañar los instrumentos que apoyen la pretensión, solicitando además la práctica de pruebas para sustentar la adopción de la medida solicitada, asimismo se habrá de ofrecer caución.

Cabe aclarar, según el Art. 432 C.Pr.CyM., que las medidas cautelares solo se decretarán a petición de parte y bajo la responsabilidad de quien las solicita, en ese sentido, el juez –lo apunta el inc. 2º del mismo artículo-, solo podrá intervenir para acordar otra medida menos gravosas pero adecuadas para las circunstancias que protegerán.

Es importante tener presente el momento que se requerirá la medida, ya que, como se ha apuntado supra, estas se pueden solicitar antes, al inicio o después de iniciado el proceso. El hecho de presentar antes de iniciado el proceso principal la solicitud de medida cautelar no es sinónimo de demanda, en otras palabras, deberá presentarse, y así lo dice el Art. 434 C.Pr.CyM., dentro del mes siguiente a la adopción de aquellas la demanda de lo contrario caducaran de pleno derecho.

B. Resolución de Admisión O Negación. Examen de la Solicitud

En este punto el juez ante quien se presente la solicitud en forma de demanda para adoptar una medida cautelar, deberá hacer un estudio de oficio de su competencia¹¹⁷ (Art. 450 relacionado al Art. 449 ambos del C.Pr.CyM.). Además una vez recibida la solicitud se deberá hacer una pieza separada de la principal (característica de instrumentalidad) de acuerdo al Art. 451 Inc. 1º C.Pr.CyM. Tal estudio de la competencia como primer procedimiento, le sigue el estudio de la solicitud *per se* de la medida cautelar y ante lo cual, si el tribunal estima que concurren los presupuestos y requisitos para la adopción decretara las medidas cautelares. Es importante advertir que el C.Pr.CyM., no establece como se procederá cuando no se cumplan a cabalidad los presupuestos o cuando haya error en la enunciación de uno de ellos, pero siguiendo las reglas generales, se puede hablar de que en caso de que falte un presupuesto o que aclare uno de los puntos de la solicitud se prevendrá para que subsane el plazo que se conceda y de no proceder a subsanarlos se declarara inadmisibile. Se declarara improponible la solicitud en caso de que se los vicios advertidos sean insubsanables.

¹¹⁷ Vid además Arts. 40, 41, 42 y 44 todos del C.Pr.CyM.

Este estudio, como su solicitud y adopción se realizará sin audiencia de la contraparte (Art. 453 Inc. 1º C.Pr.CyM.), se evidencia de este modo la visión clásica que nuestro C.Pr.CyM., sigue. El juez que este examinando la solicitud deberá de pronunciarse en el plazo de cinco días hábiles desde su recepción en el tribunal –Art. 543 Inc. 2º C.Pr.CyM-.

C. Enumeración de algunos bienes susceptibles de embargo

El C.Pr.CyM, no hace alusión a los bienes sobre los que puede trabarse embargo en relación al embargo preventivo, no obstante interpretando las disposiciones del mismo de forma armónica, se puede decir que en general, puede trabarse embargo sobre toda clase de bienes acerca de los cuales no exista prohibición legal de hacerlo, los cuales son indicados en los Arts.622 y siguientes de cuerpo normativo citado, como alegato personal considero que, a pesar que el Art. 454 del mismo, expresa como normas supletorias a las de la Ejecución Forzosa (Arts. 551 y siguientes) y dentro de los cuales se encuentran los artículos de los bienes sobre los que se puede decretar embargo, tendrán vigencia en las medidas cautelares, no obstante es de tener sumo cuidado en este aspecto, ya que a mi manera de apreciar y siguiendo a la doctrina, en esta últimas disposiciones no se hace el estudio respectivo de los presupuesto para la procedencia de las medidas cautelares –aparición de buen derecho y peligro de fuga-, dentro de las que se encuentra el embargo, y puede llegarse a interpretar de forma errónea de modo que pueden confundirse las normas de aplicación del embargo como medida cautelar y que se hace referencia en las disposiciones que se han venido citando, con el embargo ejecutorio a que se hacer referencia en la ejecución forzosa.

En principio, los bienes del deudor pueden ser embargados por su acreedor; entendiéndose por tales los objetos inmateriales susceptibles de

valor, he, igualmente, las cosas, es decir, los objetos corporales también susceptibles de tener valor, cuyo conjunto forma el patrimonio de una persona. Pero la ley ha establecido numerosas excepciones a este principio; unas veces por razón de la persona, como -cuando prohíbe la ejecución de las sentencias contra la Nación, otras por la naturaleza de los bienes, - como las cosas que se hallan fuera de comercio, o porque no pueden ser objeto de enajenación judicial, como los derechos inherentes a la persona, o por razones de humanidad para no privar al deudor de los medios indispensables de subsistencia¹¹⁸.

La determinación en cada caso particular, de la *indispensabilidad* de los bienes embargados, ha generado una abundante y variada jurisprudencia, no siempre concordante en cuanto al criterio general que debe regir aquella determinación... Es ilustrativo, como aplicación práctica de ese criterio, el hecho de que se venga declarando, invariablemente, la inembargabilidad de ciertos enseres domésticos que, no obstante su costo generalmente apreciable, contribuyen a proporcionar un mínimo de bienestar y facilitan las tareas diarias de un hogar modesto, como la refrigeradora, la lavadora etc. Pero el beneficio de la inembargabilidad no alcanza desde luego, a ciertos bienes que, no obstante la difusión de su uso, cumplen una finalidad de mero esparcimiento y no son, por lo tanto, indispensables, tales como los aparatos de televisión y los equipos de audio. Son asimismo embargables los muebles que constituyen elementos de simple adorno u ornato, como los cuadros y las estatuas; no siendo tampoco admisible computar, en esta materia, factores de índole sentimental. La inembargabilidad establecida respecto de los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza el deudor, comprende las herramientas, implementos y útiles de trabajo

¹¹⁸ ALSINA, Hugo. Tratado. Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Págs. 73-74

indispensables para el desenvolvimiento de aquellas actividades. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con el instrumental de un consultorio médico, con los repertorios jurisprudenciales de un estudio jurídico, con las prensas de madera de quien ejerce el oficio de carpintero, etcétera. Pero no alcanza, según lo tiene decidido reiteradamente la jurisprudencia, a las instalaciones, instrumental mecánico, maquinarias que forman el patrimonio de un establecimiento comercial o industrial, porque en tal caso aparece configurada una acumulación de capital o una empresa mercantil que excede el marco delineado¹¹⁹.

Es procedente hacer una pequeña alusión de algunos objetos o bienes sobre los que se puede hacer el embargo los cuales de acuerdo al C.Pr.CyM., como ya se hizo alusión mencionan que se pueden embargar:

a) Salarios (Art. 622)

Si bien en principio, el embargo debe recaer sobre cosas actualmente existentes, no es menos que cuando media una locación de servicios las prestaciones sucesivas no suponen distintas relaciones de derecho, sino los modos de cumplimiento de una misma obligación. De ahí que se autorice el embargo en estos supuestos aunque se trate de créditos no devengados. En el concepto de sueldos y salarios se comprenden todos los casos de percepción periódica, y respecto de ellos la ley no hace ningún distinción; pero, como vamos a ver en seguida, por razones de humanidad, ha limitado el embargo a una proporción que asegure la subsistencia del deudor y su familia¹²⁰.

Se establece en un inicio que estos (salarios, sueldos, pensiones o retribuciones equivalentes) son inembargables en cuanto no exceda de dos

¹¹⁹ PALACIOS, Lino Enrique. Ob. Cit. 676

¹²⁰ ALSINA, Hugo. Tratado. Ob.Cit. Págs. 95-96

salarios mínimos en el área urbano vigente, es decir, no se podrá trabar embargo al equivalente a la suma de dos salarios mímanos en el área urbana, pero sobre el excedente de este según el inc.2º de tal disposición se procederá a embargar conforme a la tabla de porcentajes en relación al salario o sueldo percibido.

b) Bienes¹²¹ (Art. 624, 629, 630, 631, 632)

Se debe diferenciar dentro de estos entre bienes muebles e inmuebles. Para ciertos tipos de bienes de los dos tipos, siempre que estén inscritos en un registro público se procederá a trabar el embargo mediante oficio librado al respectivo registro.

En caso que los bienes no estén inscritos en algún registro por no ser procedente o requisito legal, se procederá haciendo un descripción detallada de los bienes embargados, indicando señas distintivas, el estado en que se encuentra y todos los elementos que sirvan para efectos de la posterior realización.

c) Dinero (Art. 625)

Es embargable el dinero efectivo, pero es necesario hacer un distingo, según que se encuentre en poder del deudor o de un tercero. Cuando el dinero se encuentra en poder del deudor y éste no ofrece resistencia para la incautación, la cuestión no presenta ninguna dificultad, pues el ejecutor de embargos, en tal caso, se limitará a retirarlo librando el acta respectiva, y depositándolo en, o bien en sede judicial en el lugar destinado para el efecto o bien en la oficina de fondos ajenos en custodia del Ministerio de Hacienda a la orden del juez. Si el dinero se encuentra en poder de un tercero, en

¹²¹ Vid CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos y otros Ob. Cit. Págs. 875-876

calidad de depósito, el embargo se hará mediante notificación al mismo..., pues, en tal caso, el deudor es acreedor del depositario. Aun cuando no es necesaria la previa comprobación del depósito, el acreedor debe indicar concretamente su existencia; no procediendo librar oficios a los Bancos para que informen si el deudor tiene fondos depositados en ellos. Es embargable el dinero efectivo que el deudor tenga guardado en la caja de seguridad de un Banco, sin que los directores de éste puedan negarse a prestar su colaboración necesaria para la apertura de ella amparándose en el secreto profesional. Pero no siempre son embargables los fondos depositados en poder de terceros, siendo indispensable por ello señalar algunas excepciones..., ciertos créditos de naturaleza especial, como el proveniente de la sentencia en un juicio de alimentos¹²².

**d) Cuentas, Créditos, sueldos, salarios y otras remuneraciones
(Art. 626)**

Esta forma de embargo tiene como presupuesto que lo que se embargara estará depositado en una institución financiera y en lo cual se procederá librando oficio correspondiente, con el respectivo decreto de embargo, a la entidad financiera que resguarda el dinero.

e) Títulos, Valores o Instrumentos Financieros (Art. 627)

Al respecto del embargo de esto el C.Pr.CyM., expresa que sobre lo que recae el embargo es sobre los dividendos, intereses, rendimientos de toda clase y reintegros que a su vencimiento le correspondan al ejecutado, es este caso la notificación del decreto de embargo se le hace a quien deba pagar los frutos de los títulos, valores o instrumentos.

¹²² ALSINA, Hugo. Tratado. Ob.Cit. Págs. 76-77

f) Intereses, Rentas y Frutos (Art. 628)

En los dos primeros casos (cuentas y créditos) expresa el C.Pr.CyM., que se trahará ordenando al deudor o a quien los perciba directamente que los retenga y los ingrese en la Cuenta de Fondos Ajenos en Custodia del Ministerio de Hacienda.

En los demás casos se procederá a nombrar un administrador judicial con el objeto de asegurar una mejor garantía.

g) Empresas (Art. 633)

El embargo de empresas regula con precisión los cometidos del interventor que nombrará el tribunal con cargo a la caja, asignándose funciones de vigilancia de la contabilidad de la empresa y de su giro habitual, de las inversiones de fondos, supervisión del cobro de dudas a favor de la empresa, así como velar porque la empresa embargada continúe con las explotación del giro que tuviere encomendado. La norma establece que “en caso de que el interventor notare abuso o malversación en la administración de dichos bienes dará aviso al juez y al ejecutante, pudiendo el primero decretar el depósito y retención de los productos líquidos en un banco o en poder de quien estime conveniente sin perjuicio de informar a la Fiscalía General de la República”¹²³.

Del mismo modo en el Art. 621 C.Pr.CyM., se hace alusión a los bienes que se consideran inembargables, que a saber son:

1º. Los bienes y derechos declarados inalienables, así como los que carezcan de contenido patrimonial. Se podrán embargar, no obstante, los accesorios alienables con independencia del principal.

¹²³ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos y otros Ob. Cit. Pág. 876

2º. Los bienes y cantidades expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal o por Tratado Internacional.

3º. El mobiliario de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia.

4º. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado.

5º. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten indispensables para que el ejecutado y las personas que de él dependen puedan atender a su subsistencia con razonable dignidad.

6º. Los destinados al culto de las confesiones religiosas legalmente establecidas.

7º. Los que por su naturaleza, a criterio del juez, sean de valor inferior al de los gastos necesarios para su realización.

D. Adopción del embargo

Una vez realizado todo el estudio a la solicitud de embargo y teniendo en cuenta que a pesar que el C.Pr.CyM., en el título dedicado en el Art. 454 solo establece que una vez acordado la medida se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, pero no establece cuales son las formas adecuadas para proceder a realizarlas, en este caso el mismo artículo expresa que para tal caso y de forma supletoria se procederá de conformidad a los establecido para la ejecución de sentencias.

Las normas del embargo ejecutorio contenidas desde el Art. 615 y siguientes son las normas aplicables para la forma en como se trabara el embargo, corresponde hacer el estudio respectivo de las mismas en cuento a la forma que desarrolla la adopción de aquel.

Expresa el Art. 615 Inc. 1º C.Pr.CyM., que una vez despachado el decreto de embargo –en realidad expresa ejecución-, se procederá al embargo de bienes por medio de la oportuna declaración judicial, salvo que el demandado consigne la cantidad debida y en cuyo caso se suspenderá el embargo, pero –Inc.2º de la misma disposición-, en caso de que el demandado presente oposición la cantidad se consignara en la cuenta de fondos ajenos en custodia.

La práctica del embargo per se encomienda a un Ejecutor de Embargos como delegado del juez. Es la Ley Orgánica Judicial¹²⁴ la que establece los requisitos para poder desempeñar la función de Ejecutor de Embargos. No obstante se puede prescindir de este oficial en los casos que el embargo pueda ser trabajo mediante oficio del tribunal, esto será cuando lo que se pretende embargar este un una oficina o registro público.

E. Sustitución, levantamiento, limitación y ampliación del embargo

Cabe tocar el tema que versa sobre la forma de modificación o terminación de esta figura procesal.

a) Sustitución

Es el Art. 432 Inc. 2º C.Pr.CyM., que expresa, posibilitando al juez, en casos de ser menos gravosas y sean adecuadas a la pedida, decretar las menos gravosas para el demandado, esta disposición se encuentra en armonía y relación al Art. 445 Inc.2º del mismo cuerpo legal que expresa que es el juez quien debe de contralar que la aplicación de las medidas cautelares (...)

¹²⁴ Vid. Ley Orgánica Judicial Arts. 105-108

b) Levantamiento

Existen a este respecto algunos supuestos que se toman en cuenta para levantar una medida cautelar y el embargo como una de ellas:

1. Cuando se ha dictado sentencia absolutoria, en este caso el juez acordara su inmediato levantamiento aunque no esté firme (Art. 456 Inc.1º relacionado al Art. 453 ambos del C.Pr.CyM).
2. En caso, como ya se apunto supra, que la sentencia sea condenatoria y se proceda a la vía de ejecución forzosa, es menester que el embargo deje de tener el carácter de preventivo y pase a ser ejecutorio, por los puntos antes expresados.

c) Limitación

En un inicio se ha hablado que las medidas cautelares, y el embargo en específico, tienden a caer sobre los bienes o cualquier tipo de prestación, pero esta aplicación no puede ser arbitraria ni mucho menos privar de la totalidad de los bienes o prestaciones del demandado, a este respecto y como bien se ha apuntado supra, existe bienes y prestaciones inembargables, lo que no corren la misma suerte tienen reglas estricta para trabarse tal, teniendo en cuenta que la cantidad de los bienes o el monto de las prestaciones no debe de exceder de lo adeudado por el demandado en el proceso.

d) Ampliación

El Art. 455 Inc. 1º C.Pr.CyM., expresa la circunstancia en las que puedan aparecer hechos nuevos o de nuevo conocimiento y ante lo cual el juez a instancia de parte modificara el contenido de la medida adoptada, es decir, podrá ampliar la cantidad de bienes embargados hasta que se considere que alcanzan la suma de lo adeudado.

CAPITULO IV

PRECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO DEL EMBARGO EN EL PROCESO EJECUTIVO SEGÚN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

1. Generalidades

A. Aclaraciones necesarias

Hasta este punto de la investigación, la cual versa sobre el Embargo, se han abordado todo lo relativo a las Medidas Cautelares (capítulo primero) y al Embargo (capítulo segundo), tocando los enfoques que la doctrina, la jurisprudencia y sobre todo el derecho positivo vigente (Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente) le dan a este instituto jurídico. Nos encontramos ahora en el punto cúlmine de la presente en la cual se incorporaran todos los elementos que se han venido tratando en los capítulos precedentes.

Hay que tener presente, como se ha expresado en el capítulo del Embargo como Medida Cautelar y más concretamente cuando se ha abordado el subtema de la clase de embargos, se ha hablado que existen tres clases de embargos los cuales son: 1) Embargo como Medida Cautelar propiamente dicho o Embargo Preventivo; 2) Embargo Ejecutivo; y, 3) Embargo Ejecutorio, sobre este subtema se hará una explicación extra teniendo en cuenta lo vertido en el apartado mencionado al respecto.

La falta de conocimiento de esta clasificación suele ser confusa para el profesional del derecho, conocimiento que en realidad es muy escaso y lo cual conlleva a la aplicación errónea de este instituto, por falta de conocimiento de cuál procede o mejor dicho cómo procede, como sus efectos y presupuestos de aplicabilidad.

B. Análisis del Embargo según el Código Procesal Civil y Mercantil

a) Embargo como Medida Cautelar propiamente dicho

Líneas arriba se mencionó que el embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento (ordinario, sumario, sumarísimo o especial¹²⁵) o en un proceso de ejecución, a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten¹²⁶.

Este tipo de embargo es recogido en el Código Procesal Civil y Mercantil en los Arts. 439 ordinal 1º y 438 ambos del referido cuerpo normativo y puede ser aplicable en cualquier tipo de proceso de conocimiento.

Entre este tipo de embargo y el ejecutivo se pueden mencionar las diferencias siguientes: 1º) Mientras que el primero procede solamente en el caso de demandarse el cobro de una suma de dinero, el segundo se halla autorizado para asegurar el cumplimiento tanto de obligaciones de dar sumas de dinero como de obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada; 2º) Si se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, el embargo ejecutivo, además, se halla condicionado al requisito de que tales sumas sean líquidas o fácilmente liquidables y exigibles, en tanto que no constituye óbice para el otorgamiento del embargo preventivo ni la iliquidez del crédito, ni la circunstancia de que éste se encuentre sujeto a condición o pendiente de plazo, siempre que, en ambos casos, se demuestre la verosimilitud del derecho y, en el segundo, además, la inminencia de un perjuicio para el acreedor; 3º) A diferencia del embargo ejecutivo, el embargo

¹²⁵ En nuestra legislación los procesos se clasifican en: Declarativo (común o abreviados) y Especiales (ejecutivo, posesorio entre otros)

¹²⁶ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. 17º Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 781

preventivo siempre debe decretarse bajo la responsabilidad y caución del solicitante.¹²⁷

b) Embargo como parte de la estructura del proceso ejecutivo o embargo ejecutivo

En el juicio ejecutivo, el embargo sobre bienes del deudor constituye una medida que es consecuencia inmediata del resultado negativo de la intimación de pago¹²⁸.

En esta clase de embargo existe una marcada diferencia entre los expositores de la doctrina la cual se versa en saber o establecer si el Embargo Ejecutivo es parte esencial del proceso ejecutivo o simplemente es un acto contingencial o en otras palabras un acto potestativo de parte del acreedor-demandante.

Hugo Alsina expone a este respecto: La jurisprudencia numerosa, que parece generalmente admitida, y cuyas conclusiones comparten muchos autores, ha declarado que el embargo no es un trámite esencial en el juicio ejecutivo, sino una garantía establecida por la ley en favor del acreedor, quien puede renunciar a ella pidiendo directamente que se cite al ejecutado para oponer excepciones.¹²⁹

En similares términos se pronuncia Lino Enrique, expresando: Algunos autores (LASCANO, MOLINARIO) se han pronunciado en sentido afirmativo, fundados, sustancialmente, en que siendo el juicio ejecutivo uno de los

¹²⁷ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 781

¹²⁸ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 716

¹²⁹ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V "Ejecución Forzosa y Medidas Precautorias. 2º Ed. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. Pág.244

modos de la ejecución forzada y debiendo disponer la sentencia que en él se dicte, "que se lleve la ejecución adelante en todo o en parte, o su rechazo", en el caso de no haberse trabado embargo sobre los bienes del deudor el juicio carecería de razón de ser, pues la ejecución sólo puede ser llevada adelante mediante la venta de los bienes embargados. En cambio, la mayor parte de la doctrina y de los precedentes judiciales considera que el embargo no constituye un trámite esencial del juicio ejecutivo, y que se trata, por el contrario, de una garantía establecida en favor del acreedor, quien puede renunciar a ella y pedir directamente que se cite al ejecutado para la defensa.¹³⁰

Es evidente que existe una marcada dualidad en cuanto a determinar si el embargo es o no parte esencial del proceso ejecutivo, pero más importante es desentrañar la postura que toma nuestra legislación procesal atinente sobre el tema en debate. Partiendo de la lectura específica del Art. 459 C.P.C.M., se puede llegar a la conclusión que nuestro legislador quiso establecer (con conocimiento de causa o no, pero lo hizo) al Embargo Ejecutivo como parte esencial del proceso ejecutivo¹³¹, se parte de la idea que tal artículo expresa que en la *demanda del proceso ejecutivo se SOLICITARA el decreto de embargo...*, se puede evidenciar que lo que se prevé no es un acto potestativo o facultativo (de querer hacer o no), sino más bien prevé un acto imperativo, ya que de manera no electiva debe de solicitar el embargo al momento de presentar la demanda, por lo tanto se puede concluir que en nuestra legislación procesal civil el Embargo Ejecutivo es parte esencial del proceso ejecutivo.

¹³⁰ PALACIOS, Lino Enrique. Ob. Cit. Pág. 716

¹³¹ Así lo expresado la Sala de lo Constitucional en jurisprudencia de la misma. Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo del 22 de Abril de 2001, Ref. 487-2001. Líneas y Criterios Jurisprudencias de la Sala de lo Constitucional en Proceso de Amparo. Año 2002. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Amparos2002.pdf>

Esta clase de embargo no encuentra un apartado especial dentro del desarrollo del proceso ejecutivo, no obstante se aplican las reglas enunciadas a partir del Art. 615 C.P.C.M., los cuales versan sobre el Embargo en la Ejecución Forzosa.

c) Embargo como parte de ejecución forzosa o embargo ejecutivo

El embargo –como se ha venido tratando- es la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución. Es una diligencia que sólo puede ordenarse por el tribunal, ya que el acreedor únicamente puede obtener esa afectación fuera del juicio por vía convencional (hipoteca, prenda)¹³².

El embargo cumple, en cierto sentido, un papel semejante al de la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la constitución de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda), pero la característica que fundamentalmente lo distingue de esa situación consiste en que aquél requiere, ineludiblemente, una resolución judicial.¹³³

Se habla que este tipo de embargo es Definitivo o Definitivo ya que es por medio del cual se hace efectiva la satisfacción de una pretensión de no haber sido complacida voluntariamente, pretensión además que se hace valer a través del proceso estipulado para la ejecución forzada (Art. 551 y Ss. C.P.C.M.). Se encuentra regulado a partir del Art. 615 C.P.C.M.

C. Punto de vista que se adoptara en lo subsiguiente de la investigación

Como ya se ha expuesto existen, de acuerdo a la doctrina tres clases de embargos, es así que a partir de tal información vertida se comprenderá en el transcurso de la investigación al Embargo como Embargo Ejecutivo y no

¹³² ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V. Pág. 62

¹³³ PALACIOS, Lino Enrique. Ob. Cit. Pág. 670

como medida provisional propiamente dicho, esto a raíz de que en el Proceso Ejecutivo el Embargo es parte de la esencia del mismo, no es un acto facultativo, sino más bien es un acto obligatorio en el mismo, y más que obligatorio es un acto asegurativo con el cual el demandante-acreedor de una deuda vencida puede llegar a satisfacer su pretensión.

El Embargo Ejecutivo es un acto dentro del proceso ejecutivo muestra clara diferencia con el embargo provisional y con el ejecutorio, con el primero en cuanto a los presupuestos para la procedencia (aparición de buen derecho y peligro de frustración) son de necesario cumplimiento para su aplicación, no así en el segundo caso en el cual no se necesitan acreditar tales presupuestos, ya que la ley presume su existencia; en el segundo de los casos suele hablarse que la diferencia existente entre el embargo ejecutorio y el ejecutivo, es que el primero es un Embargo Definitivo; es decir, con el cual se hace valer una sentencia firme en caso de no cumplirse voluntariamente aquella, mientras que el segundo a pesar que sigue siendo provisional, sirve únicamente para asegurar la futura satisfacción de la pretensión del demandante-acreedor, la cual puede ser satisfecha en forma voluntaria o de manera forzosa, caso este último que procede el embargo ejecutorio.

2. Antecedentes del Embargo en la Legislación Salvadoreña

A. El embargo en el Código de Procedimientos Civiles

El derogado Código de Procedimiento Civiles contenía en su articulado un apartado específico para el proceso ejecutivo, denominado por este cuerpo normativo Del Juicio Ejecutivo, arts. 586 al 658.

Contenía una enumeración no muy diferente a la de la actual legislación procesal civil, de los instrumentos que traían aparejada ejecución (Arts. 587 al 591).

Únicamente en este proceso solo se podía pedir el cumplimiento de obligaciones dinerarias y no como el C.P.C.M., que establece que se pueden solicitar en este proceso el cumplimiento de obligaciones de hacer.

El C.P.C., contenía un apartado específico para el embargo el cual no contiene el actual C.P.C.M., y que remite no obstante al embargo de la ejecución forzosa. En este apartado el legislador de su tiempo confundió al embargo con el secuestro ya que en el art. 612 C.P.C., expresa que el embargo es el secuestro...

Entre otros aspectos, se puede evidenciar una forma más clara en algunos aspectos del proceso ejecutivo en el Código Procesal Civil ya derogado, los cuales no se expresan en el actual C.P.C.M.

3. Ubicación del Embargo en el proceso ejecutivo

El proceso ejecutivo forma parte de los procesos especiales regulados en el Libro Tercero del C.P.C.M. (arts. 457 y ss.), con una estructura y caracteres propios que lo distinguen de los restantes procesos, y que derivan del título que sirve de fundamento a la pretensión ejecutiva¹³⁴.

¹³⁴ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 483

Este proceso puede definirse siguiendo a Manuel Osorio¹³⁵ como aquel en que, sin dilucidar el fondo del asunto, se pretende la efectividad de un título con fuerza de ejecutorio¹³⁶.

El objeto del proceso ejecutivo se vincula tradicionalmente con la obligación de pago de una suma de dinero, líquida y exigible, contenida en un documento que constituye el título ejecutivo; aunque, como veremos, el C.P.C.M., permite reclamar el cobro de otras obligaciones por esta vía. La especial estructura o trámite más breves y con un aseguramiento cautelar de la pretensión mediante el embargo que se decreta inicialmente¹³⁷, así lo expresa el Art. 548 C.Pr.CyM. El embargo, medida característica del proceso ejecutivo, tiene por fin asegurar el pago (o el cumplimiento de otras diligencias que pueden reclamarse a través de este proceso), aunque con caracteres propios que lo diferencia del embargo preventivo regulado en el capítulo de las medidas cautelares (por ejemplo, no se exige caución en este caso, ni la acreditación del peligro de lesión o frustración del derecho)¹³⁸.

La naturaleza del este proceso no resulta tarea sencilla en la teoría general, aunque el marco normativo del C.P.C.M., permite concluir que se trata de un proceso de conocimiento (o cognitivo), que no debe confundirse con el posterior (eventual) proceso de ejecución dirigido, precisamente, a la

¹³⁵ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1º Ed. Electrónica.

¹³⁶ La sala se expresa de igual modo, enunciando que el *Proceso Ejecutivo es aquel que, sin dilucidar el fondo del asunto, se pretende la efectividad de un título con fuerza de ejecutoria. La fuerza ejecutiva del título puede provenir tanto de la ley, como de la voluntad de los contratantes, siempre que la ley no lo prohíba.* Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva del 14 de julio de 2008, Ref. 72-AP-2007. Líneas y Criterios Jurisprudencias de la Sala de lo Civil. Año 2008. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Civil/Icivil2008.pdf>

¹³⁷ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Pág. 483

¹³⁸ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, y otros. Pág. 491

ejecución forzosa de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo. Si bien los límites entre proceso ejecutivo la ejecución forzosa no siempre resultan precisos en los sistemas normativos que los regulan separadamente (...), puede afirmarse que el proceso ejecutivo del C.P.C.M., es una especie de proceso cognitivo, por oposición al proceso que podrá tramitarse posteriormente para la ejecución de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo¹³⁹.

Es dentro de este proceso especial regulado por el C.P.C.M., especialidad que viene dada por su desarrollo, orden de derechos que se litigan y por su estructura, dentro de esta estructura esencial se encuentra lo que es el Embargo el cual juega un papel muy importante, ya que de su adopción (que permite identificar bienes) una vez admitida la demanda se garantiza la eficacia del derecho litigado y de su adecuada satisfacción.

La ubicación del embargo dentro de este proceso¹⁴⁰ la encontramos desde el momento en que el juez admite la demanda no habiendo prevenciones, en caso de que hayan prevenciones el embargo para que sus efectos pueda iniciar tiene que subsanarse tales prevenciones. Desde este momento de la admisión de la demanda el juez decreta el embargo mediante auto y libra el oficio correspondiente para que pueda trabarse embargo ya sea a través de ejecutor de embargo o bien librando un oficio al registro en el que se encuentre anotado el bien sobre el que se solicitare trabar el embargo.

¹³⁹ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos. Ob.Cit. Pág. 848

¹⁴⁰ Demanda-Admisión de la Dda.-Decreto de Embargo-Emplazamiento (Notificación del Decreto de Embargo)-Oposición (en caso de que haya, sino la hubiera se procede a dictar sentencia sin más trámite)-Sentencia

4. Forma de Iniciar el Embargo en el Proceso Ejecutivo

El embargo no requiere en este caso, la justificación general de las medidas cautelares, es decir, la apariencia de buen derecho y el peligro de lesión o frustración por la demora, aun cuando esos presupuestos puedan presumirse en general en el proceso ejecutivo (al menos, el relativo a la apariencia de buen derecho, en función del título ejecutivo). En cualquier caso, resulta claro que no cabe exigir al demandante la prestación de caución en estos procesos.¹⁴¹

El embargo de bienes es la parte esencial del proceso ejecutivo, que debe decretarse en la fase liminar.... La intención del legislador al establecerlo de este modo ha sido justamente evitar las posibles insolvencias fraudulentas que eventualmente pudieran llegar a configurarse de no adoptarse el mismo. El hecho que tanto el decreto que lo ordena como su materialización se hagan de forma subrepticia, no puede entenderse que altere per se el contenido esencial de alguna categoría constitucional. Lo anterior indica que en ningún momento podría considerarse al embargo dictado como título traslativo de dominio, es decir, no confiere ni al juzgador, ni a la parte actora, ni al ejecutor de embargos, ni al depositario judicial, facultades plenas de dominio sobre ellos. En consecuencia siguen perteneciendo al patrimonio del demandado. Embargados entonces determinados bienes, justamente para satisfacer estimativamente la suma reclamada, no puede considerarse que se sustraen jurídicamente de la esfera patrimonial del sujeto propietario de los mismos –aún y cuando materialmente no ejerza posesión sobre ellos, sino hasta ser vendidos

¹⁴¹ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 493

conforme al procedimiento que la ley señala aplicable en la fase de ejecución del proceso ejecutivo, o ser adjudicados en pago según sea.¹⁴²

A. Necesidad de la Instancia de parte

Contenido en el Art. 6 C.P.C.M. De manera expresa, se determina que la iniciativa para la apertura de los procesos corresponde siempre a las partes y no al tribunal, proscribiendo así cualquier tentación de proceso inquisitivo, tanto en la primera instancia como en los grados superiores (recursos) de jurisdicción.¹⁴³

El principio dispositivo entraña, como su nombre indica, un poder de disposición por las partes del derecho de acción y del objeto del proceso. Su fundamento hay que encontrarlo en la disponibilidad jurídico material de los derechos subjetivos en conflicto, por lo que no ha de causar extrañeza alguna que dicho principio esté presente en todos los procesos en donde se discutan relaciones jurídico-privadas (proceso civil y laboral) e incluso en aquellos de Derecho público en los que puedan estar comprometidos derechos e intereses de la titularidad de los particulares (proceso contencioso-administrativo).¹⁴⁴

Por dilucidar dentro del proceso ejecutivo una pretensión eminentemente privada, es menester que sea la parte interesada (demandante-acreedor)

¹⁴² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo del 22 de Abril de 2001, Ref. 487-2001. Líneas y Criterios Jurisprudencias de la Sala de lo Constitucional en Proceso de Amparo. Año 2002. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Amparos2002.pdf>

¹⁴³ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Págs. 22 y 23

¹⁴⁴ MORENO CATENA, Victor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al Derecho Procesal. 4º Ed. Madrid, España. 2003.

quien dé el impulso inicial al proceso ya que es el único interesado en que su pretensión sea satisfecha.

Es necesario que para que el embargo pueda comenzar a surtir sus efectos sea solicitado por la parte interesada, solicitud que hace a través de la demanda ejecutiva que da inicio al proceso y mediante el cual se pretende satisfacer una obligación incumplida por el deudor-demandado

B. Demanda

Como se ha tocado en el apartado anterior los procesos se dan inicio a través de la parte interesada en satisfacer su pretensión, el proceso ejecutivo no es la excepción y por ende el embargo que del mismo se desarrolla, es así que el embargo ejecutivo exclusivamente y de forma general (art. 459 Inc. 1º C.P.C.M.) se solicita únicamente con la presentación de la demanda.

Con arreglo a la especial estructura del proceso ejecutivo, la demanda deberá presentarse acompañada del título ejecutivo original y de los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad reclamada. En la demanda se solicitara el embargo del deudor por la cantidad debida y no pagada. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 459 del C.P.C.M., que parece limitar el objeto de la pretensión al cobro de una suma de dinero, pues no contiene referencias a las deudas genéricas u obligaciones de hacer, seguramente porque no figuraban en la versión original del Anteproyecto como posible objeto del proceso ejecutivo; sin embargo y como hemos visto, la demanda ejecutiva también podrá tener por objeto la pretensión de cobro de una deuda genérica, o el cumplimiento de una obligación de hacer. El objeto de la pretensión se verá reflejado, a su vez, en la medida cautelar (embargo) solicitada; medida que, en principio, no parece del todo adecuada para asegurar, en esta etapa, la ejecución de la obligación

de hacer incumplida, aunque el artículo 676 del C.P.C.M., prevé la eventual solicitud de embargo como medida de garantía para el cumplimiento de obligaciones de hacer en el marco de la ejecución de obligaciones de esa índole.¹⁴⁵

Es de esta manera y siguiente la literalidad de esta disposición que se entiende que el embargo se solicita al momento de entablar la demanda.

5. Procedencia del Embargo, Efectos de su adopción y forma de ejecutarse

A. Procedencia del Embargo

En el capítulo dos de la presente investigación se hizo mención a los casos en los que procede el embargo, por lo tanto solo se agregaran notas adicionales en la presente remitiendo a tal contenido.

Como se ha mencionado el capítulo del C.P.C.M., que desarrollo el proceso ejecutivo no hace alusión al desarrollo del embargo dentro del mismo, solo se limita a expresar que el embargo se solicitara con la demanda (art. 459 C.P.C.M.), más allá de eso no se hace mención a nada más al respecto del embargo (procedencia, limites, cosas embargables, etc.), es en este caso que se aplican las reglas estipuladas para el embargo executorio el que se desarrolla en la ejecución forzosa (arts. 615 y ss C.P.C.M.).

En estas últimas normas citadas se enuncia aquello que puede ser embargado: Salarios (art. 622), Dinero (art. 625), Cuentas, créditos, sueldos, salarios u otra remuneraciones (art. 626), títulos, valores o instrumentos

¹⁴⁵ CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010. Pág. 492

financieros (art. 627), intereses, rentas o frutos (art. 628), bienes muebles (art. 629), inmuebles (art. 632) y empresas (art. 634).

Es importante aclarar que para que este embargo proceda, y como se ha expresado anteriormente, no necesita que se cumplan los presupuestos generales de las medidas cautelares (aparición de buen derecho, peligro de frustración y caución) que es una diferencia marcada con el embargo preventivo.

En las disipaciones citadas también se expresa aquellas cosas que no pueden ser embargadas (art. 621):

1º. Los bienes y derechos declarados inalienables, así como los que carezcan de contenido patrimonial. Se podrán embargar, no obstante, los accesorios alienables con independencia del principal.

2º. Los bienes y cantidades expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal o por Tratado Internacional.

3º. El mobiliario de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia.

4º. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado.

5º. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten indispensables para que el ejecutado y las personas que de él dependen puedan atender a su subsistencia con razonable dignidad.

6º. Los destinados al culto de las confesiones religiosas legalmente establecidas.

7º. Los que por su naturaleza, a criterio del juez, sean de valor inferior al de los gastos necesarios para su realización.

El embargo sobre los bienes susceptibles a tal se realizan a través de un ejecutor designado por el juez para tal caso o se realiza a través de oficio librado con tal objeto de trabarlo sobre bienes inscritos en un registro específico.

Son estos los casos en los cuales procede el embargo de acuerdo a las reglas del embargo en la ejecución forzosa, sin embargo hay que agregar un dato importante que es a lo que se refiere el art. 458 C.P.C.M., que expresa el proceso ejecutivo y por lo tanto el embargo en este procede siempre y cuando la acción se inicie mediante título ejecutivo y que contenga una obligación de pago en dinero, exigible, líquida o liquidable, como también en las dudas genéricas y obligaciones de hacer, fuera de estos casos el embargo ejecutivo es improcedente.

B. Efectos de la adopción del embargo

En primer lugar hemos de mencionar que el art. 616 C.P.C.M., expresa que el efecto principal del embargo es afectar los bienes destinados a la satisfacción de una obligación pendiente.

El embargo que recaiga sobre bienes inembargables o sea excesivo, de acuerdo al art. 623 C.P.C.M., son nulos de pleno derecho, así como también el de embargo sobre bienes y derechos cuya existencia no conste (art. 620 C.P.C.M.).

Ahora bien, una vez admitida la demanda o subsanado los defectos advertidos si los hubieran, el juez procede a realizar los actos concomitantes siguientes a la admisión de aquella, los cuales se manifiestan en actos materiales que afectan la esfera jurídica del demandado en cuanto a derechos que se tienen sobre bienes (muebles o inmuebles), llámese a estos

Decreto de Embargo y su respectivo Libramiento y posterior traba, los cuales se estudiarán a continuación.

a) Decreto de embargo

Es conocido en la práctica como una medida cautelar, que asegura los resultados del proceso, siendo una consecuencia que lleva implícita la comunicación tacita hacia el deudor, quien conoce de la demanda cuando se entera del embargo sobre sus bienes...., *podría válidamente afirmarse que el decreto de embargo, es una consecuencia lógica de la admisión de la demanda, dada después de realizar por parte del Juzgador, el Juicio de admisibilidad y el juicio de procedencia al examinar la demanda.*¹⁴⁶

Si el juez considera bastante el título y la demanda reúne los requisitos legales, se dará curso a la misma mediante la resolución inicial a la que se hizo referencia, y una vez efectivizado el embargo se notificara al demandado. Esta resolución inicial está condicionada en su eficacia a la falta de oposición del demandado dentro del plazo legal. El trámite posterior varía dependiendo de la formulación de la oposición del demandado dentro del citado plazo legal. Si el demandado no formula oposición a la demanda ejecutiva, se dictara sentencia sin más trámite y se procederá conforme a lo establecido en el libro quinto del código, relativo a la ejecución forzosa; en ese caso, el título de ejecución lo será la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo por falta de oposición del demandado.¹⁴⁷

¹⁴⁶ ROMERO RUIZ, Karla María y MARTINEZ MARTINEZ, Violeta Aracely. El Proceso especial Ejecutivo en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de Grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 2012. Pág. 130 – 131

¹⁴⁷ CABAÑAS GARCIA y otros. Ob Cit. Pág. 493 – 494

Lino Enrique¹⁴⁸ expresa que este decreto puede no librarse en caso de que: El juez, de acuerdo con los términos de esta norma (art. 460 inc. 1º C.P.C.M.), puede denegar la ejecución si comprueba que el título acompañado no es de los que el código u otras leyes consideran como tales, o que es inhábil en razón de no documentar la existencia de una obligación en dinero, líquida y exigible, o que alguna de las partes carece de legitimación procesal. Tal examen, por otra parte, no es definitivo, pues puede volver a efectuarse antes de dictar la sentencia, e incluso cabe la posibilidad de que la inhabilidad del título sea declarada de oficio por el tribunal de alzada, con motivo de un recurso deducido contra dicha sentencia. Asimismo, la ejecución puede ser rechazada *in limine* si no concurren los requisitos extrínsecos de admisibilidad de la pretensión ejecutiva (competencia, capacidad procesal de las partes, etc.), a los que el art. 531 denomina "presupuestos procesales". Tal autor sigue expresando que: No obstante la expresión "mandamiento de embargo" contenida en dicha norma, corresponde señalar que el respectivo instrumento —como dice PODETTI— tiene por fin primero y principal el *requerimiento* de pago y subsidiariamente, a voluntad del ejecutante, la traba del embargo.

Podría concluirse que Decreto de Embargo no es más que aquel acto procesal que el juez, una vez analizada la demanda, emite y en el cual se manda a trabar materialmente embargo sobre los bienes (muebles o inmuebles) que este decreto se especifican.

b) Libramiento del oficio respectivo para trabar el embargo

En el mandamiento debe constar la cantidad cuyo pago se exige al deudor, más otra que el juez fija provisionalmente para responder a intereses

¹⁴⁸ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 714

y costas. Asimismo, pueden individualizarse en el mandamiento los bienes sobre los que se trabará el embargo.¹⁴⁹

El art. 460 Inc. 1º C.P.C.M., expresa que una vez haya realizado el estudio pertinente en la demanda y el título base de la acción respectivo, se decretará el embargo e inmediatamente se expedirá el MANDAMIENTO que corresponda, en el que determinara la persona o personas contra las que se procede, y establecerá la cantidad que debe embargarse para el pago de la deuda, intereses y gastos demandados.

Es claro lo enunciado en la disposición recién citada. Una vez se haya admitido la demanda se procede, como bien se ha mencionado antes a decretar el embargo e inmediatamente se librará el respectivo oficio con el cual el Ejecutor de Embargos procederá a trabarlo en los bienes determinados, inscribiéndolo en el registro respectivo, nombrándose un interventor con cargo a la caja (en caso de ser un embargo contra una empresa).

El efecto principal en este caso es la inmovilidad jurídica del bien embargado, ya que como se ha hecho alusión supra, el demandado que tiene la calidad de deudor ilíquido, se ve limitado en su derecho de dominio (disposición) sobre el bien que recae embargo.

C. Forma de ejecutarse

Como se ha venido expresando para que el embargo proceda y teniendo en cuenta la necesidad de la instancia de parte, es preciso que se interponga una demanda ejecutiva para poder iniciar con todos los actos

¹⁴⁹ PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 715

tendientes para que el embargo despliegue sus efectos procesales y materiales.

Una vez interpuesta la demanda ejecutiva el juez procederá a verificar la posible existencia o no de defectos procesales en la demanda y ante lo cual si procede se harán las prevenciones que den lugar.

Si se hubieren realizado prevenciones en la demanda ejecutiva se procederá a subsanarlos en un plazo de cinco días, y una vez subsanadas o no habiendo prevenciones que realizar el juez admite la demanda y por medio de auto decretará el embargo sobre los bienes y por la cantidad solicitada.

En este momento procesal, una vez decretado el embargo se librará el oficio correspondiente para poder realizar las diligencias para trabar el embargo, en este caso se puede realizar ya sea mediante un ejecutor de embargos (art. 617 C.P.C.M.) o mediante un oficio librado cuando se trate de salarios o bienes inscritos en cualquier oficina o registro público (art. 618 C.P.C.M.).

Al demandado se le pone en conocimiento en este punto del proceso de que se le está siguiendo un proceso ejecutivo y por consiguiente se le está embarga un bien o derecho, esto es la notificación del decreto de embargo que equivale al emplazamiento para que el deudor comparezca a estar a derecho (art. 462 C.P.C.M.). Es este el momento procesal oportuno para que el deudor-demandado pueda hacer uso de su derecho de defensa, bien alegando defectos en la demanda (art. 298 C.P.C.M.), o presentando oposición alguna (art. 464 C.P.C.M.)

Como se ha hecho mención el embargo puede realizarse o bien mediante ejecutor de embargos o con oficio directo al registro (en caso de que el bien este inscrito) o al lugar en el cual se encuentran los bienes o derechos, así por ejemplo, un bien inmueble (casa) por su naturaleza es menester que se inscriba en el registro de la propiedad raíz e hipotecas, el juez en este caso procederá a librar un oficio dirigido a tal oficina con la finalidad de que se traba el embargo sobre tal mueble, o en otro ejemplo puede suceder que el juez mediante oficio librado o entrega a un ejecutor de embargos proceda a embargar bienes que se encuentran en el hogar del deudor-demandado o en su lugar de trabajo, en este último caso es en cuanto al salario o sueldo o demás prestaciones económicas que recibe por su trabajo.

Como se ha expresado, el título que desarrolla el proceso ejecutivo en el C.P.C. y M., no contiene normas que específicas relativas a la forma y desarrollo del embargo ni material ni mucho menos jurídicamente, ante lo se debe de usar análogamente las normas dispuesto para el embargo ejecutivo o definitivo contenidas en el libro quinto de la Ejecución Forzosa.

Como recién se ha manifestado haremos uso de las normas dispuestas para el embargo en la Ejecución Forzosa regulado en el C.P.C.yM., para resolver la forma en como se procede a desarrollar el embargo, normas que se encuentran desde el art. 615 y ss., de tal cuerpo normativo. Es en estas disposiciones que encontramos la forma de proceder del embargo en los diferentes casos en lo que procede, ya sea en derechos o bienes.

Es menester aclarar que el embargo a pesar que se desarrolle a partir de las normas consagradas en el libro destinado a la ejecución forzosa, este no procederá con los requisitos que se exigen para tal proceso en todo caso

procederá conforme los parámetros o requisitos necesarios para el proceso ejecutivo.

El art. 628 C.P.C.yM., regula lo relativo al embargo de bienes muebles, se regula con detalle el depósito de los bienes embargados, debiéndose determinar la entidad o persona encargada del depósito, “teniendo en cuenta la naturaleza del bien y su productividad”, pudiéndose designar depositarios al ejecutado o a un tercero de responsabilidad y solvencia, a lo que se agrega que “cuando se trate de objetos de especial valor o que necesiten cuidados especiales, el depósito se realizara en la entidad pública o privada acreditada que resulte más conveniente”.

Es clara la norma expresando la forma en como el ejecutor de embargos ejecutara el respectivo decreto de embargo cuando este se libre contra bienes muebles, teniendo la responsabilidad tal persona de enlistar los bienes destinados a la afectación y ante lo cual dispone que se puede hacer uso de medios de documentación gráfica.

Al respecto de salvaguardad los bienes destinados al pago de la deuda será necesario que estos se sean designados en un depósito y a su respectivo depositarios, en este último caso puede darse la circunstancia que el mismo ejecutado sea designado depositarios lo cual puede suceder a instancia de la parte demandante (art. 630 C.P.C yM.).

Ahora bien el art. 632 C.P.C y M., regula lo relativo al embargo que recae sobre los bienes inmuebles y otros bienes inscribibles, expresando que este se ejecutara inscribiendo el respectivo decreto de embargos en el registro en el cual se encuentra asentado el bien. La misma disposición establece en el inciso segundo que en caso de que el bien sobre el que recae el embargo

este previamente anotado con tal medida, se dejara constancia de tal circunstancia, al respecto el art. 635 del mismo cuerpo normativo permite el reembargo sobre los bienes que ya estén gravados con el embargo.

El embargo de una empresa regula con precisión los cometidos del interventor que nombrar el tribunal con cargo a la caja, asignándose funciones de vigilancia de la contabilidad de la empresa y de su giro habitual, de las inversiones de fondo, supervisión del cobro de deudas a favor de la empresa, así como velar porque la empresa embargada continúe con la explotación del giro que tuviere encomendado. La norma establece que “en caso de que el interventor notare abuso o malversación en la administración de dichos bienes dará aviso al juez y al ejecutante, pudiendo el primero decretar el depósito y retenciones de los productos líquidos en un banco o en poder de quien estime conveniente sin perjuicio de informar a la Fiscalía General de la República”.

De igual manera encontramos lo relativo a la forma en como se ejecutaran los embargos concernientes a dinero (art. 625), cuentas, créditos, sueldos, salarios u otras remuneraciones (art. 626), títulos, valores o instrumentos financieros (art. 627), y intereses, rentas y frutos (art. 628), ante los cuales el ejecutor de embargo con el decreto de embargo respectivo o el juzgado librando oficio respectivo que contenga el decreto de embargo solicitaran que se retenga la cantidad correspondiente de hasta el límite de lo adeudado.

6. Recurso

A. Recursos procedentes

El C.P.C.M., en el art. 461, expresa que contra el auto que rechace la demanda ejecutivo y por lo tanto la solicitud del embargo procede el recurso

de apelación conforme a las normas dispuestas a partir del artículo 508 del mismo cuerpo normativo.

A pesar que para algunos la nulidad no es un forma de recurso, se puede decir que es una verdadera forma de hacer uso del derecho de defensa y a partir de cual se puede poner fin al proceso, es así que a partir de los artículos 620 y 623 C.P.C.M., se habla de la posibilidad de solicitar la nulidad del embargo en los casos expresados en estas disposiciones, nulidad que se solicitara conforme a las disposiciones expresadas a partir del artículo 232 del mismo cuerpo normativo.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

A partir de la presente investigación se ha logrado evidenciar que las divergencias que existen entre las diferentes doctrinas ya sean clásicas o modernas hacen mucho más apremiante el bagaje de contenido del tema de las Medidas Cautelares y del Embargo como una de ellas.

En el país el legislador, consiente o no a menudo confunde los términos, no solo jurídicos sino en general y el embargo en específico no ha sido la excepción, ya que confunde de manera tajante el C.Pr.CyM., al embargo ejecutivo y al embargo ejecutorio, lo cual a primera vista podría decir algún estudioso del derecho que no es de mucha importancia, no obstante uno y otro proceden de diferente manera y con diferentes requisitos y es en este punto en el que puede generarse una confusión por la falta de distinto entre uno y el otro.

De esta figura procesal es importante reconocer que deriva, en buena medida, la eficacia de las resoluciones (ahora no solo judiciales, sino administrativas también) y la efectividad de la legislación procesal, que derivan en la protección no solo de los intereses particulares sino también contribuyen al mantenimiento del status quo del Estado mismo y de sus componentes

2. Recomendaciones

Es menester que aquella persona que opte a los estudios jurídicos y específicamente a los de derecho procesal, se mantenga en constante estudio de las diferentes doctrinas ya sean clásicas o modernas, ya que del

correcto entendimiento de sus líneas se hará una correcta aplicación en la vida práctica de sus institutos. Se expresa esto en el sentido que en el estudio del derecho suele conformarse con considerar que solo existe el embargo de bienes como medida cautelar y que no hay otro tipo de embargos y ante lo cual desconoce los requisitos y procedencia de los demás.

Es importante hacer énfasis en realizar un verdadero estudio de este instituto jurídico procesal ya que en la vida forense es de gran importancia y de no poseer el conocimiento adecuado de sus requerimientos puede llegar a fracasar la solicitud de satisfacción de la pretensión demandada.

Para los catedráticos es importante comprender que a pesar que no es mucho tiempo el que se posee para impartir las clases y sus respectivos temas, es de vital importancia que se dejen bien cimentados los principios que rigen la materia de las medidas cautelares, así como lo relativo a los embargos, ya que generalmente se desconocen aspectos básicos de los mismos.

Es necesario promover una reforma al C.Pr.CyM., la cual verse sobre la adhesión al articulado del proceso ejecutivo lo respectivo al Embargo Ejecutivo para crear una verdadera separación del embargo ejecutivo y ejecutorio, enunciado sus requisitos, casos de procedencia y efectos del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

ALESSANDRI R., Fernando. Curso de Derecho Procesal: Reglas Comunes a todo Procedimiento y del Juicio Ordinario. Sin Ed., El Esfuerzo Imprenta. Santiago de Chile, 1934.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V "Ejecución Forzosa y Medidas Precautorias. 2º Ed. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.V "Ejecución Forzosa y Medidas Precautorias. 2º Ed. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. 1963.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2: Cautela procesal. 1º Ed. JURIS Editorial. Rosario, Argentina, 2008.

BARONA, Silvia y otros, Las Medidas Cautelares. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1993

CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos, Oscar Antonio CANALES CISCO y Santiago GARDERES. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador. 2010.

CANALES CISCO, Oscar Antonio. Derecho Procesal Civil Salvadoreños, T.I. Sin Editorial y Edición.

CARNELUTTI, Francisco, Sistemas de Derecho Procesal Civil. T.I. UTEHA Editorial, Buenos Aires, Argentina.

CARNELUTTI, Francisco, Instituciones del Proceso Civil. T.I. EJEA Editorial, Buenos Aires, Argentina,

CHOVIENDA, José. Principios del Derecho Procesal Civil, T. I. Editorial REUS, Madrid, España. 1922

DE PIÑA, Rafael y CASTILLO LARRAGAÑA, José. Instituciones del Derecho Procesal Civil. 29º Ed. PORRUA Editorial, México, 2007.

ELBERG GRUNBERG, Samuel. Compendio de Derecho Procesal Civil, Sin Editorial, Santiago de Chile, 1945.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal. 1º Ed. UNAM, México, 1991.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Notas y Estudio sobre el Proceso Civil. 1º Ed. UNAN. México. 1994.

IRUM CROSKYE, Sebastián. Medidas Cautelares y Debido Proceso. 1º Ed. Universidad Americana. Asunción, Paraguay. 2009.

MORENO CATENA, Victor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al Derecho Procesal. 4º Ed. Madrid, España. 2003.

PALACIOS, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. 17º Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003

PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. T, IV. 2º Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1969

B. Tesis

AYALA URRUTIA. Edwin Ernesto. "Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia." Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 1999

CUBIAS NAVARRETE, William Alexander, "Motivación de la Detención Provisional", Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador

ROMERO RUIZ, Karla María y MARTINEZ MARTINEZ, Violeta Aracely. El Proceso especial Ejecutivo en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de Grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 2012

C. Legislación

Constitución de la República

Código Civil

Código Procesal Civil y Mercantil

Código Procesal Civil derogado

Ley Orgánica Judicial

D. Jurisprudencia

Jurisprudencia recopilada en:

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en materia de Constitucionalidad, años: 2002 y 2003

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en materia de Amparos, año: 2002

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional en materia de Habeas Corpus, año: 2002

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil, año: 2002

E. Diccionarios

CABANELAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. 2003

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1º Ed. Electrónica