

Medidas Cautelares

Derecho Procesal Civil I

Universidad ARCIS – 2009.

Jaime Gajardo Falcón

I. Generalidades

- Cuando se habla de medidas cautelares, normalmente suele confundírseles con las medidas precautorias, pese a que procesalmente son dos cosas distintas, aunque las medidas precautorias son una especie de medidas cautelares.
- Las medidas cautelares tampoco son exclusivas de los procesos civiles, sino que se pueden presentar en toda clase de procedimientos, toda vez que su objeto es aplicable en cualquiera de ellos, por cuanto tienen como finalidad el asegurar la eficacia de las resoluciones judiciales.

I. Generalidades

- No obstante lo anterior, según el criterio de algunos fallos de nuestra jurisprudencia, existirían procesos cautelares independientes, como por ejemplo el recurso de protección. Sin embargo, para otro sector de la jurisprudencia, no existen procesos cautelares independientes, toda vez que la esencia de las medidas cautelares, es su carácter instrumental, en cuanto están destinadas a asegurar la resolución de un conflicto por sentencia definitiva en un proceso. El recurso de protección sería un proceso de urgencia: resuelve el conflicto sin perjuicio de poder usar acciones ordinarias con posteridad.

I. Generalidades

- Existen medidas cautelares personales, tales como la detención o la prisión preventiva, y medidas cautelares reales, como por ejemplo las medidas precautorias y el embargo. Las medidas cautelares personales, normalmente se decretan para asegurar el éxito de la investigación penal. Por consiguiente, en materia civil no existen medidas cautelares personales; solo pueden haber medidas cautelares reales.

I. Generalidades

Desde un punto de vista doctrinario, se distinguen fundamentalmente 2 elementos o requisitos que siempre están presentes en las medidas cautelares:

- **El Periculum in Mora:** Peligro en la demora o retardo.
- **El Fumus Boni Iuris:** (el humo que colorea el buen derecho) Apariencia de existencia de la pretensión que se pretende asegurar. Solo si existe se puede otorgar una providencia cautelar. Esto es existencia de presunciones fundadas de la existencia del derecho que se reclama (**artículo 298 CPC**).

I. Generalidades

Clasificación de las Medidas Cautelares: (Calamandrei)

- **Instructoras, Probatorias o Anticipadas:** Persiguen la fijación y conservación de pruebas (positivas o negativas) que se utilizarán con posterioridad en un proceso. Persiguen conservar o asegurar la prueba. Ejemplos de estas medidas en nuestra legislación son las medidas prejudiciales probatorias en materia civil, y las primeras diligencias del sumario en materia penal.
- **Cautelares Propiamente Tales:** Persiguen impedir la dispersión, distracción u ocultamiento de bienes por parte del demandado para que una sentencia se pueda hacer efectiva sobre ellos (ej: medidas precuatorias y embargo)
- **Anticipación de Decisión:** Se trata de una providencia que contiene una decisión anticipada y provisoria del conflicto, y que dura hasta que a esta regulación provisoria se sobreponga la regulación de carácter definitivo. (ej: alimentos provisorios, orden de no innovar, etc.)
- **Cauciones Procesales:** Para obtener una cautela se debe rendir una caución. Se llama contracautela porque la cautela protege al actor, pero la contracautela protege al demandado.

I. Generalidades

Características de las Medidas Cautelares: (Calamandrei)

- **Son Provisorias:** Su vigencia se prolonga como máximo hasta la ejecución completa de la resolución cuyo resultado se ha querido asegurar.
- **Son Instrumentales:** La justificación de la dictación de una providencia cautelar radica en la existencia de peligro y daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. El requisito es experimentación de daño jurídico, no material porque el demandante siempre tiene daño material mientras no se satisfaga su pretensión, derivado de la demora en el cumplimiento de una resolución, que puede derivar en que luego no se cumpla la pretensión. La providencia cautelar solicitada debe tener carácter de urgencia, en cuanto si se demorase, el daño temido se transformaría en daño efectivo: la existencia de este peligro posibilita la dictación de una providencia cautelar.
- **Producen Cosa Juzgada Formal Provisional:** Implica que la providencia es inmutable, sin perjuicio de poder ser revisada en el mismo el proceso en el cual se dictó, si cambian las circunstancias (*Rebus Sic Stantibus*) Si varían las circunstancias del otorgamiento, la providencia cautelar puede ser revocada o modificada durante el curso del juicio si varían las condiciones.
- **Son Facultad del Juez:** Se discute si constituyen facultades generales insertas normalmente en el ejercicio de la función jurisdiccional o son excepcionales. Si es general, los jueces pueden interpretar las normas legales en forma extensiva para otorgar una providencia cautelar. Si es excepcional, la ley debe ser interpretada restrictivamente. En materia penal, las normas se interpretan restrictivamente, limitando las facultades del Juez a los casos expresamente contemplados. Sin embargo, en materia civil, algunos hablan inclusive de un verdadero Poder Cautelar de los jueces, sobre la base de la norma del artículo 298 CPC. No obstante, esto es bastante discutido, sobre todo porque el propio Mensaje del Código de Procedimiento Civil establece la excepcionalidad de las medidas precautorias.

II. Medidas Prejudiciales

i. Reglamentación: Están reglamentadas en el Título IV del Libro II, entre los **artículos 273 a 289** del Código de Procedimiento Civil, así como, en el **artículo 253 CPC**. No obstante, son aplicables a cualquier otro procedimiento, debido a que se encuentran reguladas en las normas del Juicio Ordinario, el cual tiene carácter de supletorio de todos los otros procedimientos civiles. También se hace referencia a ellas en el **artículo 178 COT**, en cuanto alteran las normas generales de distribución de causas.

II.ii. Concepto

Por su finalidad, las medidas prejudiciales son definidas como los actos jurídicos procesales anteriores al juicio, que tienen por objeto preparar la entrada a éste, asegurar la realización de algunas pruebas y/o asegurar el resultado mismo de la pretensión.

II.ii. Concepto

- De la definición se desprende que existen tres categorías de medidas prejudiciales:
 1. Medidas prejudiciales precautorias, para asegurar el resultado de la pretensión.
 2. Medidas prejudiciales preparatorias, para asegurar al demandante que no se produzca ninguna dificultad de índole procesal al momento de concretar su demanda.
 3. Medidas prejudiciales probatorias, para asegurar pruebas que no podrán rendirse en la fase correspondiente del procedimiento.

II.iii. Características

1. Son Cautelares.
2. Se solicitan y se dictan con anterioridad a la existencia de un juicio.
3. Son de carácter general y supletorias, se pueden aplicar a todo tipo de juicios.
4. Todas tienen un requisito general, art. 287 del C.P.C. Se debe expresa la acción (pretensión) que se propone deducir y someramente sus fundamentos.
5. Estas medidas pueden ser utilizadas por el demandante. El demandado puede utilizarlas, pero sólo en sus aspectos probatorios y en uno de los preparatorios, mas no en el cautelar (art. 288 C.P.C).

II.iv. Medidas Prejudiciales Preparatorias

- Son aquellas que tienen por objeto preparar la entrada al juicio y cuyo titular es generalmente el futuro demandante (**artículo 273 CPC**) Excepcionalmente el futuro demandado es titular solo respecto de la medida prejudicial preparatoria de reconocimiento jurado de firma puesto en instrumento privado.
Requisitos:
 - **General:** El solicitante debe expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. En el caso del demandado, éste deberá señalar quién lo pretende demandar y el fundamento de la demanda que se pretende deducir en su contra.
 - **Específico:** Que a juicio del tribunal sean necesarias para preparar la entrada al juicio. Excepcionalmente, en el caso del reconocimiento jurado de firma puesto en instrumento privado, basta con cumplir con el requisito general.

II.iv. Medidas Prejudiciales Preparatorias

Las medidas prejudiciales preparatorias reglamentadas por el legislador se encuentran contenidas en el artículo 273 CPC, y son las siguientes:

- Declaración Jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para aparecer en juicio o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes.
- Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar.
- La Exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a algunas personas.
- Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que es parte el solicitante, sin perjuicio a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio.
- Reconocimiento Jurado de Firma puesto en Instrumento Privado.

II.v. Medidas Prejudiciales Probatorias

- Son aquellas que tienen por objeto asegurar pruebas que podrían desaparecer antes de la entrada al juicio. Se requiere como requisito general el peligro en la demora (*periculum in mora*) que consiste en que existe una prueba urgente de rendir y la dilación sea causa de su desaparición. La dilación puede originarse en la iniciación del juicio o en el inicio del término probatorio.

II. v. Medidas Prejudiciales Probatorias

Reglamentadas desde los artículos 281 y siguientes:

- **Inspección Personal del Tribunal, Informe de Peritos nombrados por el mismo Tribunal o Certificado de Ministro de Fe.**
- **La Confesión Judicial.**
- **Obligación de Constituir Mandatario Judicial.**
- **Examen de Testigos.**
- **Respecto del Mero Tenedor.**

II. vi. Medidas Prejudiciales Precautorias.

Se encuentran reguladas en los **artículos 279 y 280 CPC**, sin perjuicio de lo cual les son aplicables las normas del Título 4° del Libro II, en cuanto prejudiciales, y las del Título 5° del Libro II, en cuanto precautorias. Se les define como ***"actos jurídicos procesales anteriores al juicio que tienen por objeto asegurar el resultado de la pretensión que se hará valer en el futuro en un proceso en los casos previstos por la ley."***

II. vi. Medidas Prejudiciales Precautorias.

El escrito en el cual se contiene la solicitud de medida prejudicial precautoria debe contener:

- Los requisitos comunes a todo escrito y los del Auto Acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago (pre - suma), por ser la primera presentación en juicio;
- Los requisitos sobre la Ley de Comparecencia en Juicio (Patrocinio y poder);
- Los requisitos comunes a toda medida prejudicial (anunciar la acción a deducir y someramente los fundamentos de la misma);
- Los requisitos comunes a toda medida precautoria (**artículo 298 CPC**);
- Los requisitos específicos que se contemplan respecto de cada una de las medidas precautorias que se solicitan; y,
- Los requisitos específicos de las medidas prejudiciales precautorias (**artículo 279 CPC**):
 - Que existan motivos graves y calificados;
 - Que se determine el monto de los bienes sobre los cuales debe recaer la medida precautoria solicitada.
 - Que se rinda fianza u otra garantía suficiente a juicio del tribunal para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan

II. vi. Medidas Prejudiciales Precautorias.

- **Tramitación:** Presentada la solicitud, el tribunal proveerá: *"previamente, constitúyase la fianza"*. Una vez constituida, y quedando constancia de ello en el expediente y en el libro o cuaderno de fianzas, se concederá la medida. Subsiste la discusión de si se requiere o no de notificación a la otra parte (sinónimo de audiencia del **artículo 289 CPC**) En definitiva, la discusión se resuelve a favor de la opción de que no es necesario notificar, toda vez que:
 - Rige el **artículo 302 CPC** (en la práctica se llevan a cabo notificando con posterioridad).
 - Por regla general ninguna medida prejudicial precautoria exige la intervención del futuro demandado.
 - Normalmente se decretan de plano.

II. vi. Medidas Prejudiciales Precautorias.

La concesión de una medida prejudicial precautoria, genera para el demandante, una serie de cargas procesales que deben ser cumplidas por éste, porque de lo contrario se produce la caducidad de la medida:

- Interponer la demanda dentro del término de 10 días (ampliable a 30 por motivos fundados).
- Pedir en la demanda, que se mantengan las medidas precautorias decretadas.
- Notificar la medida dentro de 5° día, conforme al **artículo 302 CPC**.

II. vi. Medidas Prejudiciales Precautorias.

Si el solicitante, dentro del plazo de 10 días ampliable, **1)** no presenta la demanda, **2)** presenta la demanda pero no solicita que se mantenga la medida, o **3)** presenta la demanda, solicita que se mantenga la medida, pero el tribunal no accede a ello, se hace aplicable la norma del **artículo 280 inciso 2° CPC**, y el solicitante queda responsable de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento. Nos encontramos en este caso con una verdadera presunción de dolo, la cual tiene el carácter de "de derecho": aquí se presume la mala fe.

III. Medidas Precautorias

i. Generalidades: Se encuentran reglamentadas en el Título 5° del Libro II del CPC, entre los artículos 290 a 302, y en virtud de lo dispuesto por los artículos 2° y 3° del CPC, son aplicables a todos los procedimientos civiles.

III. ii. Concepto

Fernando Alessandri:

"Son aquellas que puede pedir el demandante en cualquier estado del juicio aún cuando no esté contestada la demanda con el fin de asegurar el resultado de la acción."

Art. 290 CPC:

“Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandado en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o mas de las siguientes medidas”.

III. iii. Características

1. El único sujeto legitimado para pedir las es el demandante. Excepcionalmente el demandado puede pedir las al deducir una reconvencción, pero como en ese caso actúa como demandante, no es realmente una excepción.
2. Se pueden solicitar en cualquier estado del juicio, aunque no esté contestada la demanda.
3. Se otorgan para asegurar el resultado de la acción, entendiendo acción como pretensión (asegurar el resultado de la pretensión).

III. iii. Características

4. **Son actos procesales de parte** (demandante). No pueden ser decretados de oficio por el tribunal, salvo en los casos en que la ley lo faculte expresamente:
- Notificación al empleador para el pago de pensiones alimenticias (**artículo 9° de la Ley N°14.908** sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias).
 - Ordenar que el deudor garantice el pago de la pensión alimenticia con una prenda o hipoteca u otra garantía (**artículo 12 de la Ley N°14.908** sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias).
 - Embargos en el procedimiento penal para el pago de costas que se adeuden al Fisco (**artículo 380 CPP**)

III. iii. Características

- 5. Son Instrumentales:** No son un fin en si mismas, sino que son el medio de cautelar la eficacia del instrumento proceso para resolver el conflicto, y están siempre destinadas a asegurar el resultado práctico de la sentencia que se debe dictar en el proceso. Siempre hay un vínculo entre la medida precautoria y su utilidad práctica para el cumplimiento de la sentencia.
- 6. Son Infinitas:** Por la existencia de las medidas extraordinarias. Para algunos autores, esto significa la existencia de un poder cautelar general radicado en el tribunal. A nuestro juicio, esto no es así, porque hay que distinguir entre lo que es verdaderamente un poder cautelar general, conforme al cual el tribunal podría otorgar cualquier medida cautelar, y la facultad genérica del juez para otorgar genéricamente sólo medidas precautorias, destinadas a conservar bienes para asegurar el resultado del juicio. De lo contrario, sería inútil poner normas específicas y enumerar las medidas precautorias, si existiera un poder cautelar general. Un argumento de texto a favor de esta posición, es el **artículo 235 CPC**, conforme al cual en el procedimiento ejecutivo incidental, no se concede embargo si se han aplicado medidas precautorias.

III. iii. Características

7. **Son Provisionales:** En la resolución que otorga una medida precautoria, va envuelta la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, en cuanto su concesión se justifica y mantiene mientras no se modifiquen las circunstancias que se tuvieron presentes para su otorgamiento. La provisionalidad permite la existencia de dos instituciones, tal cual son el alzamiento y la substitución de las medidas precautorias.

8. **Naturaleza Jurídica de la resolución que las decreta:** Hay dos teorías:

- Auto: Porque no produce cosa juzgada.
- Sentencia Interlocutoria de Primer Grado: Porque produce cosa juzgada formal provisional. Esta es mas correcta y se condice con la característica anterior.

III. iii. Características

9. **Solo cesan si se dicta una resolución judicial en ese sentido.**
10. **Son acumulables:** El demandante puede solicitar tantas medidas precautorias como sean necesarias para asegurar el resultado de la resolución del conflicto.
11. **Solo proceden en juicio declarativo:** Toda vez que su objeto es exclusivamente proteger los resultados del juicio, no es lícito ni se justifica que las medidas precautorias obliguen o presionen al cumplimiento de una obligación.
12. **Son limitadas:** Siempre tienen que limitarse a los bienes necesarios para responder de los resultados del juicio.
13. **Son de aplicación general:** Porque las normas del Libro II del CPC, son de aplicación supletoria y general para todo el resto de los procedimientos (**artículo 3° CPC**)

III. iv. Fundamento

- El fundamento de la dictación de las medidas precautorias es esencialmente el *periculum in mora*, o el peligro del daño jurídico que puede derivar del retardo en la dictación de la sentencia definitiva.
- Excepcionalmente el legislador contempla dos casos en que se pueden decretar medidas precautorias, sin necesidad de probar la existencia del *periculum in mora*, sino que basta con el *fumus boni iuris* (la apariencia del buen derecho):
 1. Retención de dineros o cosas muebles que sean objeto del juicio (**artículo 295 CPC**)
 2. Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes que son objeto del juicio, cuando la acción deducida fuere real (**artículo 296 CPC**).

III. v. Finalidad

- En términos generales es asegurar el resultado práctico de la pretensión hecha valer. Los beneficios otorgados al demandante por la dictación de la medida precautoria deben servir solo para este fin; de lo contrario, constituye una violación de todos los derechos del demandado. Si no sirve para el cumplimiento de la sentencia definitiva, no se debe otorgar. Específicamente, las medidas precautorias del CPC están destinadas a conservar física o jurídicamente los bienes del deudor hasta el cumplimiento de la sentencia.

III. vi. Clasificación

1. En cuanto a su Reglamentación:

- Ordinarias: son las que se regulan específicamente por el CPC y que son las que aparecen mencionadas en el **artículo 290 CPC**.
- Especiales: son las contempladas específicamente por el legislador en un procedimiento diferente al juicio ordinario (ej: suspensión de obra en denuncia de obra nueva - **artículo 565 CPC**)
- Extraordinarias: son las que no están expresamente autorizadas en la ley, y que el tribunal puede conceder exigiendo siempre caución previa al que las solicite (**artículo 298 CPC**).

III. vi. Clasificación

2. En cuanto a su Oportunidad:

- Prejudiciales: son las que se solicitan antes del juicio.
- Judiciales: son las que se solicitan durante el curso del juicio.

Esta clasificación importa porque los requisitos que el legislador contempla para su cumplimiento son diferentes.

III. vi. Clasificación

3. En cuanto a la Prenda de derecho que se reclame:

- Con comprobante: (que constituyera a lo menos presunción grave del derecho que se reclama). Contemplado como regla general en el otorgamiento de toda medida precautoria (**artículo 298 CPC**).
- Sin comprobante: Por excepción, pueden decretarse sin comprobantes, pero no se entregan con carácter definitivo, sino con la carga de que se acompañen con posterioridad los comprobantes, dentro de un plazo de 10 días, luego del cual se ven expuestas a caducar.

III. vi. Clasificación

4. En cuanto a la Tramitación:

- Previa notificación del afectado: Es la regla general, de conformidad al inciso primero del **artículo 302 CPC**.
- Sin notificación previa del demandado: Por excepción, pero siguiendo las reglas del inciso 2° del referido artículo.

III. vi. Clasificación

5. En cuanto al otorgamiento de Caución:

- Sin necesidad de rendir caución por el solicitante: Es la regla general en lo relativo a las medidas precautorias ordinarias (específicamente reguladas en el CPC)
- Con caución facultativa: existen algunas medidas precautorias en las cuales el tribunal se encuentra facultado para pedir caución al solicitante antes que se haga efectiva la medida. Se trata de las medidas precautorias extraordinarias.
- Con caución obligatoria: el tribunal por mandato del legislador debe exigir previa rendición de caución, en los siguientes casos:
 - Cuando se otorgue una medida precautoria sin acompañar los comprobantes graves del derecho que se reclame (**artículo 299 CPC**)
 - Cuando se otorgue una medida precautoria con carácter de prejudicial (**artículo 279 N°2 CPC**)

III. vii. Requisitos.

1. Solicitud del demandante: Los tribunales no pueden de oficio decretar medidas precautorias, debido al principio de la pasividad contemplado en el **artículo 10 COT**. En el mismo sentido, el **artículo 290 CPC**, establece que las medidas precautorias se deben otorgar a solicitud del demandante. Finalmente, el **artículo 298 CPC** dispone que es obligación del demandante, acompañar los comprobantes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

III. vii. Requisitos

- Excepciones:
 - Puede solicitar medidas precautorias el demandado que hubiere deducido reconvención para asegurar el resultado de la reconvención hecha valer, pero como ya hemos dicho, en este caso actúa como demandante, por lo cual no es realmente una excepción.
 - Pueden solicitar medidas precautorias los terceros excluyentes en virtud de lo establecido por el **artículo 22 CPC**. El tercero excluyente adquiere carácter de parte y como tal puede solicitar una medida precautoria.
 - Los terceros coadyuvantes del demandante también pueden, en virtud del **artículo 23 CPC**.
- El sujeto pasivo de la medida precautoria es el demandado, por lo cual la medida precautoria debe recaer sobre sus bienes y no sobre bienes de terceros.

III. vii. Requisitos

2. Existencia de una demanda: Las medidas precautorias se pueden solicitar en cualquier estado del juicio, aún cuando no esté contestada la demanda.

¿Desde cuándo y hasta cuándo se puede solicitar una medida precautoria?

III. vii. Requisitos

Desde Cuándo: Marca el límite entre la prejudicial precautoria y la medida precautoria. Hay 2 teorías sobre esto:

- *Basta que exista demanda presentada, aún cuando no esté notificada.* Si está presentada la demanda solo cabe pedir una medida precautoria y no una medida prejudicial precautoria, toda vez que una de las cargas procesales derivadas de éstas es precisamente entablar demanda, lo cual se haría imposible.
- *Se requiere además que la demanda se haya notificado previamente.* El juicio nace con la notificación de la demanda. Si no hay juicio no se podría pedir una medida precautoria (**artículo 1603 CC**). Esta teoría tiene un vacío legal en el período entre que se presenta la demanda y que se notifica, porque no se podría pedir medida prejudicial precautoria ni medida precautoria.

Hasta Cuándo: El **artículo 290 CPC** dice "*en cualquier estado del juicio*", en razón de lo cual se entiende que se puede solicitar en primera instancia, en segunda instancia o inclusive viéndose a través de un recurso de casación. Mas aún, de conformidad al **artículo 433 CPC**, las medidas precautorias constituyen una excepción a la regla de que no se admiten escritos tras la citación a oír sentencia.

III. vii. Requisitos

3. Acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama: (artículo 298 CPC). Se trata del *Fumus Boni Iuris* (el humo que colorea el buen derecho).

Hay 3 conceptos relevantes involucrados en este requisito.

III. vii. Requisitos

1. Comprobante: No es sinónimo de documento y no comprende solo la prueba documental, sino que se refiere a cualquier medio de prueba, de aquellos contemplados en el **artículo 341 CPC**, a diferencia de la tercería de posesión, en la cual se usa la voz "antecedente" (**artículo 523 CPC**). En las precautorias se pueden usar antecedentes, comprobantes, pruebas, etc. La única limitación es que los comprobantes no emanen del propio demandante, porque no es lícito preconstituir prueba a su favor.
2. Presunción Grave: Según el **artículo 1712 CC**, existen presunciones legales y judiciales. En la especie, se trata de una presunción judicial, con fuertes probabilidades de ser verdadera (grave). Para efectos de las medidas precautorias, la presunción grave sería sinónimo de la existencia de la apariencia del derecho, según **Calamandrei**. En esta misma línea, **Mortara** identifica esta apariencia con el *Fumus Boni Iuris*, o la posibilidad de la existencia del derecho para cuya seguridad se solicita la medida precautoria.

III. vii. Requisitos

3. Derecho que se reclama: Tanto los comprobantes como las presunción judicial grave, deben referirse directamente a la pretensión deducida.

- Hay situaciones en que excepcionalmente se pueden otorgar medidas precautorias sin acompañar estos (**artículo 299 CPC**), pero en estos casos se presentan características especiales: **1)** La medida tendrá carácter transitorio (10 días); **2)** Existe una medida cautelar de contracautela, pues debe rendirse fianza; y, **3)** Igualmente deben acompañarse los comprobantes dentro de los 10 días.

III. vii. Requisitos

4. **Que las garantías económicas del demandado no sean suficientes para asegurar el resultado del juicio:** En el Derecho Civil, la regla general es el derecho de prenda general del **artículo 2465 CC**. Por lo tanto, para que proceda una medida distinta y en consecuencia excepcional, debe existir un fundamento poderoso que así lo permita. Sin embargo, existen dos casos en los cuales no interesan las facultades económicas ni el *periculum in mora*, sino que bastará acompañar los comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. Se trata de la retención de bienes y de la prohibición de celebrar actos y contratos, en ambos casos cuando recaen sobre bienes que son objeto del juicio.

III. vii. Requisitos

5. En determinados casos se requiere rendir caución:

- Medidas Precautorias Extraordinarias.
- Cuando no se acompañan los comprobantes.
- Medidas Prejudiciales Precautorias.

III. viii. El Secuestro de la cosa que es objeto del juicio

1. Primera medida precautoria ordinaria.
2. Establecida en el art. 290 N° 1 CPC.
3. El art. 2249 CC define el secuestro como *"el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos en manos de otro, que debe restituirla a quien tenga una decisión favorable."*

III. viii. El Secuestro de la cosa que es objeto del juicio

- **Procede en los siguientes casos:**
 - 1. Acción Reivindicatoria de cosa corporal mueble, habiendo motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor. El poseedor está obligado a consentir en el secuestro o a dar seguridad suficiente de restitución para el caso en que sea condenado a restituir.**
 - 2. Otras acciones con relación a una cosa mueble determinada y haya motivo de temer que la cosa se pierda o deteriore en manos del mero tenedor.**

III. viii. El Secuestro de la cosa que es objeto del juicio

- Eventualmente podría pedirse secuestro de una cosa corporal inmueble como medida extraordinaria y el tribunal podrá exigir caución. En cuanto al procedimiento, el **artículo 292 CPC** se remite íntegramente a las normas del juicio ejecutivo para la designación del depositario. El secuestro solo persigue el efecto civil de conservación material de la cosa: velar por su integridad impidiendo que sea destruida por el mal uso del demandado o pérdida. Si se pretende la conservación jurídica, habría que pedir la prohibición de no celebrar actos y contratos.

III. ix. Nombramiento de interventor

- El interventor es la persona designada por el tribunal con la función de velar por la legalidad en la administración de los bienes materia del pleito, para lo cual lleva cuenta de las entradas, ingresos y gastos de los objetos intervenidos, y da noticia de toda malversación o abuso que note en los actos administrativos del demandado. Para efectos pedagógicos, se ha dicho que el interventor es un mirón y acusete, lo cual fluye de la definición y de sus facultades. Es mirón porque no administra el bien intervenido, sino que es sólo un observador de las gestiones que permanecen a cargo del propietario del bien, y es acusete porque puede suceder que al observar, detecte que el intervenido realiza actos de malversación y abuso del bien intervenido, de los cuales debe informar al tribunal.

III. ix. Nombramiento de interventor

- La designación de interventor: 1) no limita de modo alguno las facultades del propietario; 2) no puede vetar las actividades del dueño; y, 3) debe dar cuenta al interesado o al tribunal. Si después de dar cuenta se estima necesario, se puede agravar la medida precautoria a retención de bienes, o incluso más drástico. Se pueden nombrar uno o mas interventores, dependiendo normalmente del tamaño del negocio a intervenir. El nombramiento corresponde exclusivamente al tribunal y no a las partes, quienes sólo pueden solicitarlo.

III. ix. Nombramiento de interventor

- Esta medida procede en los siguientes casos (**artículo 293 CPC**):
 1. **Acción reivindicatoria del dominio u otro derecho real sobre inmuebles, cuando hubiere justo motivo de tener el deterioro de la cosa o las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía.**
 2. **Acción de Petición de Herencia, cuando hubiere justo motivo de tener el deterioro de la cosa o las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía.**
 3. **Comunero o socio demanda la cosa común o pide cuentas al comunero o socio que administra.**
 4. **Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados (genérico).**
 5. **Demás casos expresamente señalados por las leyes: Ejemplos:**
 - **Artículo 444 CPC:** dentro del juicio ejecutivo, que se refiere a los casos en que se embarga un establecimiento mercantil o industrial. El depositario tiene las facultades de interventor judicial.
 - **Artículo 387 CPP:** en el procedimiento penal cuando el embargo recae sobre una industria.
 - **Artículo 199 de la Ley de Quiebras.**

III. ix. Nombramiento de interventor

- Esta medida solo persigue otorgar al interventor una función inspectiva. La designación del interventor es menos amplia que el secuestro pues aquí no se le quitan al demandado ninguna de sus facultades como propietario, en cambio en el secuestro la administración del bien sobre el cual recae el secuestro pasa al secuestrante. Además, no hay objeto ilícito en la venta de los bienes en caso de designación de interventor.

III. x. Retención de bienes.

- Es aquella medida precautoria que tiene por objeto sustraer del comercio una cantidad determinada de dinero, o una o mas cosas muebles, en poder del actor, del demandado o un tercero, en las situaciones previstas por la ley. La retención se efectúa en manos del tenedor de los bienes

III. x. Retención de bienes.

- Los requisitos para que proceda esta medida, son los siguientes:
 1. **Si se trata de bienes que son objeto del juicio:** no se requiere que concurra el periculum in mora, y basta que el actor acompañe comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama.
 2. **Si los bienes no son el objeto del juicio:** Sólo podrá decretarse esta medida cuando:
 - Las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía; o,
 - Haya justo motivo del temer que este procurará ocultar sus bienes.

Esta medida produce los mismos efectos que el embargo, en cuanto tienen plena aplicación los **artículos 681, 1464 N°3 y 1578 CC**

III. x. Retención de bienes.

▪ RETENCION DE BIENES

1. Sobre la cosa litigiosa o bienes ajenos al juicio
2. El bien queda en manos de las partes o terceros
3. El depositario solo tiene la administración
4. El bien retenido se hace inenajenable
5. Quien retiene la cosa es un mero depositario

▪ SECUESTRO

1. Sólo respecto de la cosa litigiosa
2. Siempre en poder de un 3º ajeno a las partes
3. El secuestro tiene administración y conservación
4. No se afecta la facultad de disposición
5. El Secuestro es depositario judicial

III. xi. Prohibición de Celebrar Actos y Contratos sobre Bienes Determinados

- Es una medida cautelar que tiene por objeto prohibir al demandado celebrar actos y contratos respecto de bienes determinados de su patrimonio. Así concebida, y si bien es muy similar a la retención de bienes, es la medida precautoria de mayor amplitud, toda vez que:
- **Se refiere a todo acto**, incluyendo los actos jurídicos unilaterales, y a todo contrato, sea gratuito u oneroso. En la práctica, se restringe un tanto, toda vez que se pide la medida precautoria de prohibición de gravar y enajenar bienes determinados.
- **Puede decretarse sobre toda clase de bienes** (muebles e inmuebles, corporales e incorporales). Hay una sola limitación, y es que debe recaer sobre bienes determinados. Puede incluso recaer sobre bienes que no sean el objeto del juicio, lo cual será relevante por la exigencia o no del periculum in mora.

III. xi. Prohibición de Celebrar Actos y Contratos sobre Bienes Determinados

- El principal efecto de esta medida es el regulado por el **artículo 1464 N°4 CC**, en concordancia con el **artículo 296 CPC**. No obstante, si se trata de bienes inmuebles, para ser oponible a terceros, no basta que se haya decretado la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, y que estos hayan tenido conocimiento de la misma, sino que se requiere su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Si la medida recae sobre bienes que no son objeto del juicio, no se genera el objeto ilícito del **artículo 1464 N°4**, pero si se genera el del N°3, debido al concepto amplio de "embargo".

III. xii. Tramitación

1. **Solicitud del Demandante:** Los requisitos que debe reunir este escrito son:
- Requisitos comunes a todo escrito.
 - Individualización del demandante y demandado.
 - Indicación de la o las medidas precautorias que se solicitan.
 - Determinación de los bienes sobre los cuales recaerá la medida precautoria.
 - Acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama (excepción: **artículo 299 CPC**)
 - Debe señalarse el cumplimiento de los requisitos específicos de la o las medidas precautorias solicitadas

III. xii. Tramitación

2. **Procedimiento:** La norma básica es el **artículo 302 CPC**, sobre la base del cual se han elaborado tres teorías:

- Se tramita como incidente ordinario y por cuerda separada: Se basa en el inciso primero de este artículo. Esta es la tesis del profesor **Maturana**, para el cual sólo en casos graves y calificados pueden decretarse de plano.
- Se decretan con citación: En términos generales es un incidente ordinario, pero si existen casos graves y urgentes, puede proveerse "como se pide, con citación"
- Se decretan de plano: Esta es la **tesis mayoritaria**, construida sobre la base del inciso segundo, toda vez que se dice que lo que se tramita incidentalmente es precisamente el incidente que surge con la oposición del demandado a la medida decretada. En este caso, estamos en presencia de una excepción a la bilateralidad, pero que dura tan sólo 5 días, al cabo de los cuales debe haberse notificado para que esta medida continúe. El tribunal puede ampliar este plazo por motivos fundados.

III. xii. Tramitación

3. Resolución: Existen dos teorías respecto de la naturaleza jurídica, las cuales importan para ver los recursos que se pueden interponer contra ella:

- Auto: Resuelve el incidente sin establecer derechos permanentes en favor de las partes y no produce cosa juzgada. Esto se extrae del **artículo 301 CPC**, el cual habla de medidas provisionales. Por lo tanto, si es un auto:
 - Procede el recurso de reposición con apelación subsidiaria.
 - No cabe el recurso de queja (este solo procede en contra de sentencia definitiva que ponga término al juicio o haga imposible su continuación).
 - Tampoco cabe el recurso de casación, ni en la forma ni en el fondo (**artículo 767 CPC**).

III. xii. Tramitación

- Sentencia Interlocutoria de Primer Grado: En cuanto falla un incidente estableciendo derechos permanentes en favor de las partes. Para justificar esta doctrina, hay que separar tres conceptos: permanente, temporal y transitorio. Lo que se opone a permanente es temporal, no transitorio. Si se otorga una medida precautoria, se está otorgando con carácter permanente, para que dure toda el proceso, pero a la vez, es transitoria por *rebus sic stantibus*. Si es interlocutoria, una vez firme y ejecutoriada produce cosa juzgada, pero esta es formal provisional (propio de todas las medidas cautelares de cumplimiento anticipado). Nadie puede revocar la resolución si no se modifican los hechos que motivaron su dictación. Por lo tanto:
 - Procede el recurso de apelación directo (no cabe reposición).
 - No cabe recurso de queja: no pone término al juicio ni hace imposible su continuación. Irónico porque el recurso de queja partió siendo un medio de impugnación de abusos y faltas a partir de las medidas precautorias.
 - No cabe recurso de casación, ni en la forma ni en el fondo.

III. xii. Tramitación

4. **Notificación:** Conforme al inciso tercero, el demandante puede solicitar que la medida decretada se notifique por cédula. Surge entonces la duda de que es lo que ocurre si el demandante nada dice, en cuanto a la forma correcta de notificar:

III. xii. Tramitación

- Notificación personal: Los argumentos son los siguientes:
 - Para decretar una notificación de menor categoría, el legislador debiera haber facultado expresamente al tribunal.
 - Argumento de texto del **artículo 302 inciso 2° CPC**: "debe notificarse a la persona contra quién se dicta..."
 - La notificación por el estado diario perdió oportunidad para ser practicada, puesto que la resolución se dictó con mucha anterioridad (si fuera por el estado diario no se podrían esperar 5 días para notificar).
 - Se señala que en este caso, por la trascendencia jurídica del otorgamiento de una medida precautoria, se debe notificar personalmente.

III. xii. Tramitación

- Notificación por Estado Diario: Los argumentos son los siguientes:
 - Es la regla general de todas las notificaciones dentro del CPC.
 - Para que se aplique la notificación personal se requiere norma expresa que así lo indique. Esto no se señala en el **artículo 302** sino que solo señala a quien se tiene que notificar.
 - Nunca es necesario dentro del procedimiento civil, que se practique una notificación personal luego de iniciado el juicio.

III. xii. Tramitación

5. Alzamiento: El CPC establece la provisionalidad de las medidas cautelares. Cada vez que desaparezcan ambos o al menos uno de los dos requisitos generales (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*) que hacen procedente la medida cautelar, deben alzarse. Conforme a los artículos 301 y 302 CPC el alzamiento se tramita como incidente en cuaderno separado, sin carácter de previo y especial pronunciamiento, conociendo el tribunal que decretó la medida cautelar, por la regla de la extensión. Esto también se aplica a la sustitución de las medidas cautelares.

III. xii. Tramitación

6. Caducidad:

- Cuando se dictó provisionalmente, y transcurrido el plazo decretado, no se acompañan los comprobantes requeridos.
- Cuando se otorgue la medida precautoria sin previa notificación conforme al **artículo 302 inciso 2° CPC**, y no se notifique dentro del plazo establecido por la ley (5 días).
- Cuando se decretó una prejudicial precautoria, y no se interpuso demanda o no se pidió la mantención de la medida (**artículos 280 CPC**).