

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Vicepresidente

NÉSTOR RAÚL CORREA HEANO

Magistrados

RICARDO MONROY CHURCH
FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
EDGAR SANABRIA MELO
JOSÉ AUGUSTÍN SUAREZ ALBA

ESCUELA JUDICIAL

“RODRIGO LARA BONILLA”

MARÍA MYRIAM ÁVILA DE ÁRDILA

Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ

JUAN FERNANDO BARRERA PEÑARANDA

**Coordinadores Académicos del Programa de Formación en el Código General del
Proceso**

**ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"**

**MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

ISBN

NOMBRE DEL AUTOR: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2014

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9 A -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Con un tiraje de 2000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial:

Impresión:

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Tabla de Contenido

PRESENTACION

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Concepto

1.2. Perspectiva constitucional de las medidas cautelares

1.3. Principios

1.4. Características

1.5. Objetivos

1.6. Clases

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

2.1. Presentación general

2.2. Las medidas cautelares en procesos regulados por el Código General del Proceso.

- 2.2.1. En pruebas extraprocesales
 - 2.2.2. En procesos declarativos
 - 2.2.3. En procesos ejecutivos
 - 2.2.4. En procesos de familia
 - 2.2.5. Aspectos comunes a los embargos y secuestros en cualquier clase de proceso
- 2.3. Bienes inembargables

3. EL REGIMEN DE LAS CAUCIONES EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

- 3.1. Planteamiento
- 3.2. Concepto y clases de cauciones
- 3.3. Procedimiento
- 3.4. Novedades en materia de contracautelas

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

El autor es abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes y en Derecho y Nuevas Tecnologías sobre la Vida de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como Director de Procesos Judiciales del Banco de Occidente y Vicepresidente Jurídico del Banco Sudameris; Juez Civil Municipal; Juez Civil del Circuito; Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente se desempeña como Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue miembro de las Comisiones Revisoras de los proyectos de ley que culminaron en las Leyes 794 de 2003 y 1395 de 2010. Miembro de las Comisiones Redactora y Revisora del Código General del Proceso.

Profesor universitario y facilitador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

OBJETIVOS

O_g

OBJETIVO GENERAL DEL MODULO

Conocer la estructura general del régimen de medidas cautelares en el Código General del Proceso, sus características más sobresalientes, las modificaciones que se hicieron sobre la materia en los distintos procesos judiciales, así como su aplicación práctica.

O_e

OBJETIVOS ESPECIFICOS DEL MODULO

- Reconocer la importancia que tienen las medidas cautelares en el sistema de administración de justicia y en el cumplimiento de los fines del Estado.

- Valorar la estrecha relación que existe entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y las medidas cautelares.
- Identificar las características de las distintas medidas cautelares reguladas en el Código General del Proceso, con énfasis en las modificaciones que introdujo esta codificación.

PRESENTACION

No me canso de decirlo: el artículo más importante del Código General del Proceso es el segundo. En él se reconoce que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable.” Se trata de la norma jurídica que justifica la nueva codificación, su razón de ser y la que explica la mayoría de las modificaciones que se introducen a los procesos civiles, comerciales, agrarios y de familia.

Más, para que la protección judicial fuera efectiva, realmente efectiva, era necesario –mejor aún indispensable- que el legislador rediseñara y reforzara el régimen de medidas cautelares, porque ningún ordenamiento procesal puede tildarse de tuitivo sino es robusto en materia cautelar. Por eso el Código General del Proceso no es pacato en esa materia. Por el contrario, es audaz y generoso para que no se diga que los derechos se desdibujan en los procesos y que las sentencias de los jueces son simples proclamas de los mismos.

Prueba de ese rediseño es la posibilidad de decretar medidas cautelares discrecionales en cualquier proceso declarativo, cuando el juez, entre otros requisitos, halle plausible el derecho del demandante; la facultad de consumir cautelas en el marco de

pruebas extraprocesales; la eliminación de la caución como requisito previo para ordenar embargos y secuestros en procesos ejecutivos; el otorgamiento de un poder cautelar especial al juez de familia con fundamento en el cual podrá adoptar las medidas necesarias para proteger a la pareja, al niño, niña o adolescente, al discapacitado mental y a las personas de la tercera edad; el evento de pago provisional de alimentos en los procesos de investigación de la paternidad y la maternidad, para destacar algunas de las más importantes variaciones que establece el nuevo código de procedimientos.

Se trata, en últimas, de constitucionalizar una temática que tiene, incluso, cierta regulación en la Constitución Política, varias de cuyas normas expresamente se refieren a medidas cautelares. Con esta perspectiva también se puede comprender por qué, a la par que se fortalece el derecho de persecución de los acreedores, se vigoriza en la justa medida el plexo de bienes inembargables. Así, por vía de ilustración, se advertirá que en el Código no pueden ser objeto de cautelas el combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó la medida, ni los bienes destinados a la refrigeración de aquellos, como tampoco el computador personal ni los elementos indispensables para la comunicación personal. Había que materializar en el código de procesos los derechos a una vida digna, a un mínimo vital, a la intimidad y a la información, entre otros.

En los capítulos que integran este módulo encontrará uno, el primero, destinado a recordar y precisar los aspectos generales de las medidas cautelares; otro, el segundo, que tiene el confesado propósito de resaltar las modificaciones más saltantes del Código General del Proceso en lo que concierne a esa materia, con miramiento especial en los procesos declarativos, de ejecución y de familia; un último capítulo, el tercero, se dedica a las cauciones, en su función de cautela y de contracautela. En otra ocasión nos ocuparemos del tema con más amplitud, para examinar aspectos puntuales en otras especialidades –aunque es bueno recordar que el Código también se aplica a los procesos contencioso administrativos, laborales, penales y arbitrales, en lo no previsto *expresamente* en sus respectivos estatutos-, al igual que los rasgos de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, de particular valía en un mundo cada vez más globalizado, para garantizar la práctica de decisiones relativas a custodia de hijos, alimentos provisionales, seguridad de bienes muebles e inmuebles, inscripción de demandas y administración e intervención de empresas.

El objetivo final es modesto, pero provocador: despertar en Usted la motivación necesaria para profundizar en un tema neurálgico para la administración de justicia: las medidas cautelares.

CAPITULO 1

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Og

OBJETIVO GENERAL DEL CAPITULO

Conocer el régimen general de las medidas cautelares, para comprender su regulación especial en el Código General del Proceso.

Oe

OBJETIVOS ESPECIFICOS DEL CAPITULO

- Identificar los rasgos basilares de las medidas cautelares, para generar un manejo adecuado de cada una de ellas en particular.
- Forjar una concepción constitucional, sustantiva y procesal sobre el tema de medidas cautelares, para que se pueda dar una sólida aplicación práctica adecuada en los procesos judiciales.

1.1. CONCEPTO

Las medidas cautelares son providencias adoptadas antes, durante o después de un proceso para asegurar o garantizar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial.

Las cautelas, en rigor, no son un proceso. No se puede confundir el contenido –o parte de él- con el continente. Cosa distinta es que tengan lugar en el marco de un determinado juicio, que puede ser autónomo, si se agota en la práctica de las medidas cautelares autorizadas –bien porque la satisfacción del derecho se cumple, precisamente, a través de ellas, bien porque tendrán eficacia en el proceso que deba promoverse con posterioridad para que se defina el conflicto jurídico-, o corresponder, como ocurre las más de las veces, al que se impulsa para la realización del derecho reconocido en la ley sustancial.

Desde esta perspectiva, las medidas cautelares califican mejor como un concepto transversal a los procesos que goza de unos rasgos propios, según se verá más adelante, por lo que su cabal entendimiento no puede comenzar por catalogarlas dentro de un proceso especial: los de conocimiento o los de ejecución, para citar dos relevantes. Las cautelas cumplen una función específica dentro de todo proceso judicial, no dan lugar al mal llamado proceso cautelar, principal o accesorio –!vaya manía de los abogados de poner adjetivos!-, e irradian todo el ordenamiento procesal porque

entroncan directamente con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por eso el Código General del Proceso le dedicó uno de sus libros, el cuarto, al tema de las medidas cautelares, para tratar de sistematizar –no agotar- la materia, darle la importancia que tiene y significar que no son un apéndice de los juicios. Y lo hizo luego de ocuparse, en el libro segundo, de los actos procesales (las cautelares también lo son), y en el tercero, de los procesos. De esta manera también se quiso resaltar, permítaseme la insistencia, su carácter transversal en la nueva codificación.

1.2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Todo el régimen de medidas cautelares previsto en las distintas codificaciones procesales, entre ellas, claro está, el Código General del Proceso, encuentra sólido respaldo en la Constitución Política –y desde luego en el bloque de constitucionalidad-, que no sólo establece una serie de principios que les brindan asidero, sino que incluye un conjunto de cautelares concretas de cuyo desarrollo se ocupa el legislador.

En efecto, destaquemos, por ejemplo, que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (C. Pol., art. 2º), lo que traduce un compromiso real y cierto con la tutela jurisdiccional efectiva que va parejo con el reconocimiento de los derechos que tienen todas las personas a un debido proceso (art. 29) y a acceder a la administración de justicia (art. 229), para lograr, precisamente, la materialización de los derechos sustanciales que han sido conculcados. No en vano la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, puntualiza en su artículo 1º que “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

Desde esta perspectiva, las medidas cautelares se ofrecen como una valiosa herramienta para garantizar la materialización de los derechos, cualquiera que sea su linaje: fundamentales, reales, patrimoniales, etc., diseñadas a la medida de una Constitución que va más allá de su mero reconocimiento, para comprometerse con su realización.

Destaquemos, además, que en la propia Carta Política se establecen varias medidas cautelares que de una u otra manera evidencian ese compromiso constitucional con la efectividad de los derechos: Así,

a) En materias penales los artículos 28 y 32 precisan algunas características de la detención preventiva, al señalar que “la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”, que “En ningún caso podrá haber detención... por deudas...”, y que “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona.”

De igual manera, en el artículo 250 se dispone que la Fiscalía General de la Nación debe solicitarle al juez de control de garantías “las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal”.

b) En asuntos contenciosos administrativos el artículo 238 establece que esa jurisdicción “podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

c) En cuestiones penales y disciplinarias, el Contralor General de la República puede exigir –no simplemente solicitar- la

“suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”, sin que para proceder de ese modo deba respaldarse necesariamente en pruebas, que es deseable tenerlas, porque esa atribución puede ejercerla –ello es medular- “verdad sabida y buena fe guardada”.

Como puede verse, no son pocas las disposiciones constitucionales que guardan relación con el tema de las medidas cautelares, las cuales, sin duda, tienen una estrecha relación con los derechos y las garantías fundamentales, lo mismo que con los fines esenciales del Estado, uno de ellos, se repite, “garantizar la efectividad de los... derechos... consagrados en la Constitución”.

Por último, no se puede pasar por alto que en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial (art. 228), razón por la cual el legislador está obligado a establecer reglas de procedimiento respetuosas de la garantía constitucional a un debido proceso –sin el cual todo ejercicio del poder se tiñe de arbitrariedad-, pero al mismo tiempo prever mecanismos que impidan que el derecho material se escape o diluya en las ritualidades o en los entresijos del proceso. De nada vale un juicio respetuoso del debido proceso, si el titular del derecho no encuentra abrigo cierto en la sentencia, o si ella no pasa de ser un ejercicio meramente académico.

1.3. PRINCIPIOS

En general, las medidas cautelares tienen soporte en los siguientes principios:

a. Principio de legalidad

No existe medida cautelar sin una ley previa que la autorice. En esto consiste el principio de legalidad de las cautelas, lo que no significa necesariamente que sea el legislador quien determine todas y cada una de las medidas cautelares posibles.

Quiere ello decir que es el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, el que determina si en un determinado proceso caben o no medidas cautelares, y eventualmente cuáles. Si no las habilita el juez no puede ordenarlas porque, de hacerlo, violaría el principio de legalidad. Más aún, aunque el legislador reglamente distintas cautelas, el juez sólo podrá ordenar en un determinado juicio las que sean permitidas en él, o las que el propio juzgador considere cuando la ley lo autorice para proceder de este modo.

Ahora bien, a este principio no le sigue necesariamente que el legislador deba señalar las cautelas que proceden; bien puede “delegarle” esa tarea al juzgador, sin que por ese motivo pueda afirmarse que se trata de una excepción al principio de legalidad. Con otras palabras, el principio de legalidad no supone ni reclama la taxatividad de las medidas. Esta es una opción del

legislador, por lo que puede afirmarse, sin asomo duda, que también en las apellidadas medidas cautelares innominadas se refleja el principio en cuestión, porque si el juez puede proceder de ese modo, es porque la ley lo ha autorizado.

En el Código General del Proceso el asunto es absolutamente claro porque, de una parte, se prevén y regulan distintas medidas cautelares: el embargo, el secuestro, la inscripción de la demanda, la caución, etc.; también se precisa cuáles de ellas son viables en determinados procesos: inscripción de la demanda en procesos declarativos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, o cuando la discusión guarde relación con un derecho real principal; embargo y secuestro en procesos ejecutivos, etc. Pero el Código también establece que en los procesos declarativos el juez puede decretar “cualquiera otra medida que... encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio...”, entre otros propósitos (art. 590, numeral 1º, literal c)).

Queda claro, entonces, que sin un visado legal no es posible disponer una medida cautelar, y que la taxatividad no es inherente al principio de legalidad, puesto que el legislador bien puede establecer qué medidas son posibles y en qué proceso, o puede permitirle al juez –he aquí la intervención del legislador- que sea él quien determine el tipo de medida que mejor le sirva a la pretensión.

b. Apariencia de buen derecho

Por regla general toda medida cautelar tiene como fundamento la plausibilidad del derecho objeto de la pretensión (*fumus boni iuris*), merecimiento que, es lo usual, despunta de las pruebas aportadas con la demanda. Si el derecho cuya protección o satisfacción se reclama luce factible o probable; si el juez encuentra que el soporte probatorio da pie para considerar –*prima facie*– que la pretensión eventualmente podría ser concedida; si, en fin, la reclamación ofrece una apariencia *racional* de buen derecho, es viable decretar una medida cautelar, con apego a la autorización legal.

La apariencia de buen derecho es, pues, el principio cardinal de las medidas cautelares, porque de una u otra manera legitima institucionalmente la decisión. Una cautela adoptada para respaldar o asegurar un derecho que se ofrece débil resulta arbitraria y, desde luego, constituye una notoria injusticia.

Esa apariencia, como se anticipó, usualmente emerge de las pruebas aportadas por el interesado en la medida. Un arquetípico ejemplo de ello son las cautelas fuertes y robustas habilitadas en el proceso ejecutivo: si el demandante presenta el título de ejecución, podrá obtener un decreto de embargo y secuestro sobre bienes del deudor. Aquí el título da la apariencia de buen derecho (CGP, art. 599). Otro caso se presenta en la regulación de las medidas cautelares en procesos declarativos,

porque el legislador, expresamente, autorizó al juez para decretar medidas cautelares discrecionales si –entre otros requisitos- advierte que el demandante tenía buen derecho, por lo menos en forma aparente, lo que necesariamente remite la actividad judicial a un escrutinio preliminar de las pruebas acompañadas por aquel (art. 590, num. 1, lit. c), inc. 3, ib.). Los asuntos de familia no son la excepción, y un ejemplo elocuente se halla en los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad, en los que fue autorizado un decreto de alimentos provisionales, “siempre que el juez encuentre que la demanda tiene fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad”. Por lo mismo, agrega el Código, el juez “podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.” (art. 386, num. 5).

Pero es bueno –y útil- aclarar que el decreto cautelar no presupone que el derecho sustantivo sea cierto; basta que sea creíble, aparente. Por eso la medida se adopta bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, a la cual, por regla, se le exige que previamente preste una caución.

Es importante señalar que esa plausibilidad puede establecerla previamente el propio legislador, evento en el cual no existe margen de actuación para el juez, quien, por ende, debe plegar su actividad a las reglas previstas por aquel, o puede dejarse su escrutinio al buen criterio del juzgador. De lo primero son

evidencia las medidas cautelares autorizadas en procesos declarativos para cuando la sentencia de primera instancia es favorable al demandante (CGP. art. 590, num. 1, lit. a), o aquella otra permitida en procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (art. 590, num. 1, lit. b). De lo segundo son ejemplo los ya referidos sobre alimentos en procesos vinculados al estado civil de las personas y las medidas cautelares innominadas, sin que en estos u otros casos de comprobación judicial previa medie juzgamiento, porque el juez simplemente adquiere un conocimiento sumario del caso. Eso será suficiente.

También es necesario resaltar que no siempre se exige apariencia de buen derecho para que el juez ordene una determinada cautela. En ocasiones el legislador, por razones de política legislativa vinculadas las más de las veces a la relevancia del conflicto, autoriza una medida cautelar sin que se repare en la fachada que pueda tener el derecho. Así por ejemplo, en los procesos de pertenencia es obligatorio inscribir la demanda aunque el juez, desde un comienzo, advierta algunas inconsistencias en la configuración de la prescripción adquisitiva (CGP, arts. 375, num. 6 y 592). En un proceso de divorcio el juez deberá decretar el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge, sin parar mientes en la plausibilidad de la pretensión que persigue romper el vínculo matrimonial (art. 598, num. 1, ib.). ¿Por qué procede así el

legislador? Porque otro principio, el de riesgo de tardanza judicial, se antepone a aquel otro para evitar que una eventual sentencia estimatoria resulte vana o inocua.

c. Peligro de mora judicial

Todo proceso demanda tiempo. La justicia que se dispensa con precipitud puede tornarse en injusticia. El debido proceso, que es garantía constitucional, impone, además, el agotamiento de ciertas fases o etapas que no pueden ser desconocidas sin violentar tan caro derecho fundamental.

Pero que la administración de justicia requiera tiempo no significa que este pueda volverse contra el derecho sustancial, al punto que, por gracia de él, la satisfacción del derecho conculcado se haga imposible por haberse modificado una determinada situación jurídica.

El principio al que nos referimos busca, precisamente, evitar que la demora judicial, justificada o injustificada, impida la materialización del derecho sustancial, el cual, como se sabe, debe prevalecer en toda actuación. Y aunque el Código General del Proceso hizo énfasis –en buena hora- en que los procesos deben tener una duración razonable, cuestión que constituye derecho fundamental, muchas veces desconocido sin rubor, no por ello podía ser ajeno a la necesidad de garantizar el derecho objeto de la

pretensión desde el mismo comienzo del juicio o a partir de ciertos momentos del proceso.

Así se explica que el legislador autorice muchas medidas cautelares para que se decretan simultáneamente con la primera providencia que se dicte, llámese auto admisorio o mandamiento de pago, o que habilite unas más fuertes cuando ya se ha obtenido sentencia favorable impugnada por el demandado perdidoso, dado que el trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, exigen cierto tiempo adicional que puede dar al traste con la ejecución del fallo.

Expresado con otras palabras, el principio conocido como *periculum in mora* nos llama la atención sobre el peligro que tiene para el derecho sustantivo la demora de los jueces. No es que el legislador desconfíe del juez; simplemente reconoce que la justicia no siempre es tempestiva; mejor aún, que usualmente no lo es, por lo que las medidas cautelares despuntan como una valiosa herramienta para contrarrestar ese riesgo.

Conviene distinguir el peligro de mora judicial (*periculum in mora*) del peligro de daño (*periculum in damni*) que le sirve de fundamento complementario a muchas medidas cautelares, principalmente a las de tipo personal. La separación provisional de los cónyuges o los alimentos provisionales al niño, niña o adolescente que busca establecer su filiación ejemplifican bien la aplicación de este último cimiento, pero también lo hace la

suspensión provisional de la decisión societaria impugnada. En estos, como en otros casos, se busca precaver la demora judicial y, al propio tiempo, el eventual daño que podría generar mantener la situación jurídica cuestionada.

d. Sospecha del deudor

El último de los fundamentos objetivos de las medidas cautelares es el recelo hacia el demandado, la desconfianza que genera frente al cumplimiento de la decisión judicial. Es la llamada *suspectio debitoris*.

En el derecho colombiano suele pasar inadvertido este principio porque el legislador, sin decirlo expresamente, lo presume de manera general. Todo ejecutado es sospechoso de eludir el pago; todo demandado en un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual es sospechoso de evadir la reparación del daño. Por eso las normas sobre medidas cautelares han sido diseñadas de modo tal que los jueces no tengan que hacer ese escrutinio.

En el Código General del Proceso se mantiene esa presunción, pero en ciertas hipótesis el juez deberá reparar en dicho fundamento, como en el caso de las medidas cautelares discrecionales, porque su decreto demanda un análisis de la necesidad de la medida (art. 590, num. 1, lit. c). Más aún, el asunto

puede ser inverso porque en algunas otras hipótesis el legislador excluyó la posibilidad de cautela, mejor aún de contracautela, por la calidad del obligado, de quien no desconfía. Nos referimos a la caución que el ejecutado proponente de excepciones puede exigirle a su ejecutante para garantizar el pago de los perjuicios que puedan ocasionarle las medidas cautelares que soporta, evento del que fueron excluidas las instituciones financieras y las entidades públicas, frente a las cuales no hay sospecha de evasión de su deber de prestación, si hubiere lugar a él.

1.4. CARACTERISTICAS

De toda medida cautelar se puede decir que, por regla, es provisional, accesoria, instrumental y preventiva. Veamos en qué consiste cada una de estas características:

a. Son *provisionales* por cuanto se adoptan mientras se profiere la decisión que resuelva definitivamente el conflicto o se satisfaga cabalmente el derecho sustancial.

Quiere ello decir que la cautela es de carácter temporal o transitorio, las más de las veces ligada a la duración del proceso. Por eso el Código General del Proceso, en el artículo 597, ordena levantar el embargo y secuestro si se desiste de la demanda (num. 2), o si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquiera otra causa

(num. 3), o si se absuelve al demandado en proceso declarativo o este termina por algún motivo (num. 5).

Es importante señalar que la duración de una medida cautelar no está necesariamente identificada con la subsistencia del juicio en el que se decretó. Esa es una primera evidencia del rasgo provisional que destacamos, como se desprende de los ejemplos citados. Pero en muchas ocasiones la cautela sobrevive al proceso, mientras se logra la satisfacción plena del derecho o se posibilita su ejercicio por parte del demandante ganancioso. Muestra de ello es el numeral 6º del artículo 597 del Código General del Proceso, que manda cancelar los embargos y secuestros si el demandante en procesos declarativos no formula la solicitud de ejecución del fallo dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

De otra parte, la provisionalidad que caracteriza las medidas cautelares impone que también sean modificables, a menos que el legislador impida hacerlo. Para ilustrar estos eventos nada mejor que remitirse al artículo 600 del Código General del Proceso que establece la posibilidad de reducir los embargos y secuestros ya practicados, o reparar en el régimen de las medidas cautelares discrecionales, por cuanto “el juez... podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.” (art. 590, num. 1, lit. c), inc. 3)

Ahora bien, existen algunos casos, ciertamente pocos, en los que las medidas cautelares no son temporales sino que

pueden tornarse definitivas. Se trata de algunos eventos de cautelas autónomas, no plegadas a un proceso, las más de las veces vinculadas a la efectividad de los derechos de la propiedad intelectual (derechos de autor, propiedad industrial, etc.).

Es el caso de las medidas autorizadas en el artículo 568 del Código de Comercio, pues si bien es cierto que por mandato del inciso 2º del artículo 248 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, “toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida”, no lo es menos que la misma disposición deja a salvo la “norma interna en contrario”, que, en Colombia, es precisamente la referida del estatuto mercantil, que le permite al titular de una patente o de una licencia, o al de una marca (art. 597), solicitar la adopción de “las medidas cautelares necesarias para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular”, entre las que se prevén la de “obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos...”, etc.

Obsérvese que la vigencia –en Colombia- de tales medidas cautelares no está condicionada a que el titular de la patente o marca inicie un proceso contra el infractor de su derecho. Por el contrario, es este quien debe promover un proceso para “probar la legalidad de su proceder dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del auto que decretó las medidas cautelares” (C.Co., art. 570), en defecto de lo cual caducará su derecho. Desde luego que si sale airoso en su pretensión, “el juez levantará las medidas cautelares...” Por consiguiente, si el infractor no gestiona el juicio aludido, la cautela, decretada en proceso autónomo, se torna medida definitiva, como por ejemplo la caución, el comiso de los bienes, o la prohibición de hacerles propaganda.

b. Son *accesorias* porque se encuentran enfeudadas en un proceso determinado sin el cual no se pueden concebir. Más concretamente, no existe posibilidad de decreto cautelar sin que medie un proceso en el que se haya planteado una pretensión que le sirva de báculo a la cautela.

Tal la razón para que el Código General del Proceso establezca una regulación propia para las medidas cautelares que van parejas a procesos declarativos (art. 590) y otra para las que son inherentes a procesos ejecutivos (art. 599), para citar tan solo dos ejemplos.

En algunos eventos muy concretos el legislador autoriza medidas cautelares *autónomas*, así denominadas porque no dependen de la existencia de un proceso ni de una pretensión específica. Una de esas hipótesis es la cautela para proteger derechos de la propiedad industrial, como quedó visto en el literal anterior. En esos casos no es necesaria una demanda en la que se persiga la protección del derecho conculcado; basta la prueba de la transgresión para que el juez habilite o autorice la medida cautelar. Otro caso es el de los derechos de autor, como se advierte en los artículos 243, 244 y 245 de la Ley 23 de 1982.

c. Son *instrumentales* porque están en función de la pretensión, la cual, por consiguiente, determina la clase de medida cautelar.

Porque se trata de una pretensión de pago respaldada en un título ejecutivo, el legislador autoriza el embargo y secuestro de los bienes del demandado, para que, con su producto, pueda ser solucionada la deuda (CGP, art. 599). Porque en una discusión sobre derechos reales es necesario garantizar que la sentencia que le reconozca el derecho al demandante efectivamente se cumpla, es por lo que se viabiliza la inscripción de la demanda, de suerte que cualquier negocio jurídico que se realice sobre el bien disputa, queda sujeto a esa decisión judicial (CGP, art. 590). Y porque en un proceso de divorcio es necesario preparar la ejecución del fallo y

evitar daños en ciernes, la ley autoriza que el juez, por ejemplo, autorice dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de ambos, o de un tercero (CGP, art. 598).

Este carácter instrumental que tienen las medidas cautelares adquiere una connotación especial en el Código General del Proceso, en cuanto posibilita medidas cautelares en la práctica de pruebas extraprocerales. Así lo establece el artículo 589, al señalar que “En los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocerales, estas podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una medida extraproceraal.” De esta manera, si al recaudarse una prueba extraproceraal –antes llamadas anticipadas-, por ejemplo una inspección judicial, se encuentra una impresión no autorizada de libros, bien puede el interesado, en la misma diligencia, pedirle al juez que decrete el secuestro de esos bienes, y el juez deberá ordenar y practicar la cautela en esa misma diligencia, precisamente para salvaguardar los derechos del autor. ¿Y la caución? Pues ahí mismo se fijará su monto, para que sea prestada después de la diligencia en un plazo fijado por el juzgador, lo que no impide, ello es medular, que se consume el secuestro, el cual se levantará si esa garantía no se constituye oportunamente.

He aquí un ejemplo más de cómo la medida cautelar está en función de la pretensión, mejor aún, del derecho cuya

satisfacción se persigue. De esta manera se materializa el derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva.

d. Y son *preventivas*, con lo que se quiere significar que se anticipan a la decisión definitiva para proteger el derecho, que pueden practicarse sin audiencia del demandado que las soporta, y que su decreto, en sí mismo considerado, no traduce un juzgamiento ni que se otorgue razón al peticionario.

Por lo mismo las medidas cautelares no constituyen una sanción para el demandado, sino una garantía para quien la solicita.

Justamente por ese carácter preventivo, el Código puntualizó que la protesta de quien padece la cautela, canalizada por vía de recursos, no impide su cumplimiento. Así lo precisa el artículo 298 al señalar que “Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete”, y que “La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada”, pues “Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.” Esta última es una valiosa claridad que hace el Código General del Proceso, para evitar que los medios de impugnación den al traste con el ejercicio del derecho cautelar que tiene el acreedor.

Resta decir, en cuanto a las características de las medidas cautelares, que en la hora actual no puede afirmarse su rasgo judicial porque también pueden ser adoptadas en el marco de actuaciones administrativas. La suspensión de servidores públicos por la Procuraduría General de la Nación es muestra clara de ello.

1.5. OBJETIVOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

¿Para qué sirven las medidas cautelares? ¿Qué persigue el legislador con su decreto? ¿Cuál es el objetivo específico de las cautelares?

En líneas generales, como se dijo en párrafos precedentes, las medidas cautelares tienen el propósito de contribuir a la materialización del derecho fundamental a obtener una tutela jurisdiccional efectiva. Pero cada cautela obedece a uno o varios propósitos necesariamente ligados a la pretensión, siendo claro que las más de las veces las cautelares responden a varios objetivos y no a uno sólo. Veamos cuáles son esos objetivos:

a. En primer lugar, preparar la ejecución de la sentencia para el caso de ser ella favorable al demandante.

No se trata de anticipar la decisión, sino de adoptar medidas que posibiliten el cumplimiento de la providencia

respectiva. Así, cuando en un proceso ejecutivo se autoriza el embargo y secuestro de bienes del ejecutado desde el momento en que se libra el mandamiento de pago, es porque el legislador quiere disponer lo necesario para que en la fase de ejecución forzada, una vez en firme la orden de seguir adelante con la ejecución, se proceda a los actos puntuales –avalúo, liquidación del crédito y remate- que permitirán la solución de la deuda.

b. En segundo lugar, anticipar el fallo o asegurar su cumplimiento.

Este es uno de los objetivos más valiosos de algunas medidas cautelares, porque permiten la protección inmediata del derecho conculcado, aun cuando no se haya dado la discusión propia del proceso.

En materia de competencia desleal, por ejemplo, la acción declarativa y de condena por la páfida participación en el mercado tiene el propósito de obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad de los actos realizados, la remoción de los efectos producidos y la consecuente indemnización de los perjuicios causados al demandante. Empero, aunque es en la sentencia en la que el juez se pronunciará en forma definitiva sobre prohibirle al demandado realizar determinados actos que juzgará desleales, bien puede el demandante solicitar con su demanda que, como medida cautelar, se ordene la cesación *provisional* del acto respectivo, lo que, en últimas, traduce que en forma anticipada se le impone al

demandado la obligación de no hacer reclamada también como pretensión. Así lo establece el artículo 31 de la Ley 256 de 1996.

Otro ejemplo, ya del Código General del Proceso, son los alimentos *provisionales* que los jueces de familia pueden decretar en procesos de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad (art. 386). Esta es una decisión inherente al fallo que se pronuncie sobre el estado civil discutido, pero la prevalencia de los intereses del niño, de la niña o del adolescente justifica esa cautela.

c. En tercer lugar, reparar el daño causado o en curso de causarse.

También aquí se anticipa de alguna manera la decisión, sólo que de manera más fuerte porque el demandado, aunque no medie sentencia, deberá cumplir con la obligación que le imponga el juez en el decreto cautelar.

El caso de los alimentos, ya citado, ilustra bien este objetivo. Agreguemos simplemente que si el demandado llega a ser absuelto, como los alimentos ya se habrán pagado, el juez, en la misma sentencia, debe ordenar la restitución por parte del demandante.

Otro caso lo ofrecen las acciones populares, porque aún antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, el juez, de oficio o a petición de parte, puede disponer “que se ejecuten los

actos necesarios cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado” (Ley 472, art. 25, lit. b)). En esta hipótesis el demandado deberá “hacer” lo que el juez le diga que debe “hacer”.

d. En cuarto lugar, restarle efectos a un acto inconstitucional o ilegal.

Si se evidencia desde el mismo comienzo del proceso que el acto cuestionado es manifiestamente contrario a la Constitución, a la ley o a los estatutos que gobiernan una determinada persona jurídica, pues debe quebrarse – *provisionalmente*- la presunción de legalidad que lo acompaña. Esperar a la sentencia, pese a la incontestable infracción, sería negar la aplicación de las normas a las que debe ceñirse el acto debatido y generar, de paso, consecuencias jurídicas contrarias a ellas.

La Constitución nos da un ejemplo en el artículo 238, al señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos. El Código General del Proceso nos da otro porque en los juicios de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, el juez puede ordenar la suspensión *provisional* de los efectos del acto impugnado, cuando la violación de las disposiciones invocadas por el demandante “surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos

respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud” (art. 382, inc. 2º).

e. El quinto lugar, mantener un determinado *statu quo*.

Se trata de impedir la modificación de un estado de cosas que con posterioridad, si se esperara la sentencia, sería imposible revertir o de difícil transformación. Por ejemplo, cuando un juez ordena, como medida cautelar, que cesen en forma inmediata ciertas actividades, como ocurre en las acciones de competencia desleal, en las populares y en las de tutela, está cumpliendo con este objetivo.

En cierto modo la inscripción de la demanda también es ejemplo, por cuanto provoca la oponibilidad del fallo a quienes hubieren adquirido el respectivo bien con posterioridad al registro (CGP, arts. 303, inc. 2, y 591, inc. 2). Es posible que se hayan dado modificaciones en la situación jurídica del inmueble, pero gracias a la inscripción de la demanda se preservó –jurídicamente- el estado de cosas presente para ese momento de forma tal que, si la sentencia es favorable al demandante, podrá materializarse la decisión y satisfacerse el derecho correspondiente.

Reiteramos que, en general, las medidas cautelares obedecen a varios objetivos, por lo que no es extraño que una de ellas ilustre diferentes propósitos.

1.6. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

Toda clasificación es caprichosa, y en cierto modo interesada porque sirve a los propósitos del que la plantea.

En general, se afirma que las medidas cautelares pueden ser personales, patrimoniales o referidas a actos jurídicos; nominadas o innominadas, y conservativas o innovativas.

a. Medidas cautelares personales: como su nombre lo indica, son aquellas que recaen sobre la persona misma, en tanto parte que es en el respectivo proceso.

En los procesos de divorcio, por ejemplo, el juez puede autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos son menores de edad, ordenar su depósito en la casa de sus padres, de los parientes más próximos o de un tercero (CGP, art. 598, num. 5, lit. a).

b. Medidas cautelares patrimoniales: también lo dice su nombre; se trata de medidas que afectan directamente el patrimonio de una de las partes, y tienen como fundamento sustancial, entre otros, el derecho de persecución establecido en el artículo 2488 del Código Civil, norma según la cual “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...”

Este tipo de cautelas no sólo tiene cabida en las llamadas acciones personales, sino también en las reales, por lo que luce mejor el calificativo de patrimoniales que el de reales asignado por un sector de la doctrina. Por eso se las encuentra en los procesos ejecutivos (embargo y secuestro de bienes), pero también en procesos declarativos en los que, por vía de ejemplo, se ejerce una acción dominical, en la que se autoriza el secuestro del bien respectivo si la sentencia es favorable al propietario que reivindica (C.C., art. 961 y CGP. art. 590, num. 1, lit. a).

c. Medidas cautelares sobre actos jurídicos: son aquellas cautelas que apuntan directamente a una determinada manifestación de voluntad, con el fin de restarle provisionalmente sus efectos.

Es el caso de la suspensión de los efectos de un acto o decisión adoptada por una asamblea, junta directiva, junta de socios o cualquiera otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado (CGP, art. 382).

d. Medidas cautelares nominadas o típicas: Son las medidas que el legislador directamente prevé y regula, como el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda.

Con apego al principio de legalidad, en esta clase de medidas la ley no sólo les otorga una determinada nomenclatura,

sino que precisa la manera de consumarlas y los casos en que proceden.

e. Medidas cautelares innominadas o atípicas: Por el contrario, en este otro tipo de medidas cautelares es el juez el que concibe la medida y señala la forma como debe materializarse.

Como dijimos anteriormente, en estas cautelas también está presente el principio de legalidad, sólo que, a diferencia de las nominadas, aquí es el juzgador el que, dependiendo del caso y de sus circunstancias, idea o concibe una para atender un específico propósito.

f. Medidas cautelares conservativas: con ellas se procura mantener un *statu quo* o preservar una situación material o jurídica.

La suspensión provisional de un acto jurídico ilustra bien esta categoría.

g. Medidas cautelares innovativas: Estas cautelas provocan una modificación en la situación jurídica, con independencia de la decisión final que llegue a adoptarse en el proceso.

Dejar a los hijos al cuidado de ambos cónyuges, de uno de ellos o de un tercero es una medida cautelar que, sin duda, provoca una alteración en la familia, aunque el juez no ha definido si hay lugar al divorcio, a la separación de cuerpos o a la nulidad del matrimonio.

1.6.1. ¿EXISTEN MEDIDAS CAUTELARES PROBATORIAS?

En concreto, las otrora llamadas pruebas anticipadas, hoy extraprocesales según el lenguaje utilizado por el Código General del Proceso, pueden calificarse como medidas cautelares de naturaleza probatoria?

Creemos que no, por dos razones basilares: la primera que tienen finalidades diferentes, dado que las pruebas extraprocesales aseguran el medio probatorio y las cautelas garantizan la efectividad del derecho sustancial; la segunda, que su vinculación con la sentencia también es disímil, porque aquellas apuntan al sentido de la decisión, mientras que estas a su cumplimiento.

Este es un buen ejemplo de que no todo lo que sea preventivo es de naturaleza cautelar.

Por cierto que cosa distinta es la posibilidad que tiene toda autoridad judicial de decretar medidas cautelares que tengan por objeto “recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia”, según lo previsto en el parágrafo del artículo 32 de la ley 1563 de 2012 –disposición engastada en la ley de arbitramento pero que, por mandato expreso del legislador, es aplicable a todos los juicios, “sean o no procesos arbitrales”-, porque en esa singular hipótesis la cautela no es, en estrictez, el

medio probatorio propiamente dicho, sino los objetos o elementos sobre los cuales recaerá la respectiva prueba, como por ejemplo, una peritación. Al fin y al cabo se trata de una medida cautelar que puede decretarse *durante* el trámite del proceso –p.ej. arbitral-, no antes de su iniciación, o de manera anticipada.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

- Elabore un mapa conceptual que refleje los fundamentos constitucionales de las medidas cautelares, sus principios especiales y las características que les son propias.
- Establezca una relación entre los fines generales de las medidas cautelares y las cautelas expresamente reguladas por el Código General del Proceso.
- Determine la manera como el legislador aplica las características de las medidas cautelares a las más importantes cautelas reguladas en el Código General del Proceso.

Ae

AUTOEVALUACION

- ¿Cuáles son las características comunes a las medidas cautelares patrimoniales y personales?
- ¿Qué medidas cautelares evidencian la distinción entre peligro de mora judicial y peligro de daño?

- ¿De qué manera se materializan las características generales de las medidas cautelares en el régimen de los embargos y secuestros?
- ¿Qué medidas cautelares encuentran referencia especial en la Constitución Política?
- ¿Qué ventajas ofrecen las medidas cautelares nominadas e innominadas?

B

BIBLIOGRAFIA

GARCIA SARMIENTO, EDUARDO, *Medidas Cautelares*, Foro de la Justicia, Bogotá, 1981.

QUIROGA CUBILLOS, HECTOR ENRIQUE, *Procesos y Medidas Cautelares*, Okey Impresores, Bogotá, 1991.

VILLAMIL PORTILLA, EDGARDO, *Teoría Constitucional del Proceso*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1999, pp. 879-888.

LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Dupre, Bogotá, 2012, t. 1, pp. 1089 a 1097.

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*, Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, 2013, pp. 831 a 888.

CAPITULO 2

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

Og

OBJETIVO GENERAL DEL CAPITULO

Identificar y examinar las medidas cautelares en particular y su régimen especial en los juicios regulados por el Código General del Proceso, para generar un adecuado manejo teórico y práctico de las mismas.

Oe

OBJETIVOS ESPECIFICOS DEL CAPITULO

- Conocer las modificaciones más importantes al régimen de cada medida cautelar y su habilitación en los procesos civiles, de familia, agrarios y comerciales.
- Despertar un interés especial en el sistema de medidas cautelares previsto en el Código General del Proceso, para que se le pueda dar a sus

normas un uso adecuado que posibilite la tutela jurisdiccional efectiva.

- Generar habilidades prácticas a partir de la identificación de los rasgos fijados por el legislador para cada medida cautelar.
- Valorar la relación que existe entre las medidas cautelares y la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

2.1. PRESENTACIÓN GENERAL

Una de las características más sobresalientes del régimen de medidas cautelares en el Código General del Proceso es su sistematización en un solo libro, con el propósito de tener una regulación más clara sobre la materia. Con excepción de algunos casos como en la restitución de inmueble arrendado o en la filiación, respecto de los cuales se consideró que, por la importancia del tema, resultaba preciso mantener una referencia puntual en el artículo correspondiente, el Código agrupó en el libro cuarto –título primero- todo el régimen de medidas cautelares. En él se encuentra la regulación de las cautelas en la práctica de pruebas extraprocesales (art. 589), en procesos declarativos (art. 590), en procesos de familia (art. 598) y en procesos ejecutivos (art. 599). También se ubica allí la normatividad sobre las medidas cautelares nominadas (embargo, secuestro e inscripción de demanda; arts. 591 a 597, y 600 a 602) y, en el título segundo del mismo Libro, las normas sobre cauciones.

Otra característica medular del régimen de cautelas es su entronque con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, parte del cual es el derecho a la ejecución tempestiva del fallo y, por consiguiente, a la preparación de esa ejecución, lo que se logra –principalmente- a través de un sólido régimen de medidas cautelares. Por eso el Código traza un conjunto de reglas sobre cautelas que bien manejadas por las partes y por los jueces,

permitirán que los derechos puedan ser materializados a través de los procesos judiciales.

2.2. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS Y ASUNTOS REGULADOS POR EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

2.2.1. Medidas cautelares en la práctica de pruebas extraprocesales

Una de las más significativas novedades del Código General del Proceso en materia de medidas cautelares, es la posibilidad de pedir las y practicarlas en el marco de pruebas extraprocesales.

Como se sabe, el ordenamiento jurídico ya posibilitaba medidas cautelares anticipadas en diferentes procesos, como los relacionados con derechos de la propiedad industrial, los derechos de autor y las sucesiones. Lo particular de la regulación del Código General del Proceso es que si una persona, en el marco de una prueba extraprocesal, advierte la vulneración de su derecho y la ley permite la cautela extraprocesal, puede en la misma diligencia solicitar, obtener y materializar la medida cautelar respectiva, sin tener que impulsar, como sucedía antes, una nueva actuación, con el riesgo de no poder concretarla porque advertido ya el infractor – tras la prueba extraprocesal-, ha podido adoptar medidas para eludir la decisión judicial tuitiva del derecho del titular.

Se dice, pues, en el artículo 589 del Código General del Proceso, que “En los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocesales, estas podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal.” En estos casos, agrega la norma, “El juez las decretará cuando el peticionario acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por dicha ley”, y, si fuere necesario, inmediatamente fijará el monto de la caución que el interesado deberá prestar después de la diligencia, en el término que sea señalado, “que no podrá exceder del establecido por la ley para la iniciación del respectivo proceso.”

Es claro, entonces, que una medida cautelar procede durante la práctica de pruebas extraprocesales, si se cumplen los siguientes requisitos:

a. El primero, que se esté tramitando una prueba extraprocesal, cualquiera que ella sea, como por ejemplo una inspección judicial, o una peritación, o una exhibición de documentos, o un interrogatorio de parte.

No es necesario que la prueba se practique con citación de la parte contra la que se va a hacer valer; puede tratarse de una prueba extraprocesal sin citación de la futura contraparte, a menos que ella misma, como sucede con la exhibición de libros y papeles

de comercio o el interrogatorio, exijan la intervención del futuro contendiente.

b. El segundo, que una norma expresa autorice la medida cautelar anticipada en determinado asunto.

Así sucede en cuestiones de propiedad industrial (C.Co., art. 568), de derechos de autor (Ley 23 de 1982, arts. 243 a 245) y de competencia desleal (Ley 256, art. 31), para citar algunos ejemplos.

Por el contrario, si la ley no permite la cautela extraprocesal, no es viable el decreto cautelar en el marco de pruebas anticipadas.

c. El tercero, que el interesado acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley que posibilita la medida cautelar extraprocesal.

Por vía de ilustración, en el régimen de propiedad industrial el artículo 247 de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, establece que “Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia”, evento en el cual “La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.”

Por tanto, si durante la práctica de una prueba extraprocesal se advierte “la comisión de la infracción o su inminencia”, no será necesario aportar pruebas adicionales para que el juez, en la misma diligencia, decrete la medida cautelar, porque esa prueba servirá para acreditar el requisito exigido en la norma transcrita. Pero como en ella también se ordena probar la legitimación del interesado y la existencia del derecho infringido, el juez, para ordenar la cautela, debe previamente exigir –si no se presentó ya con la solicitud de prueba o de cautela- que se le demuestren esos otros requerimientos.

Esos son todos los requisitos que se necesitan para decretar y practicar una medida cautelar en el curso de una prueba extraprocesal. No son más.

Ahora bien, si la ley que regula la medida cautelar anticipada exige la prestación previa de una caución, bastará que el juez fije su monto en la misma diligencia, sin que sea necesario, ello es medular, que se otorgue antes de consumar la medida. Con otras palabras, el Código General del Proceso hizo una excepción al régimen de medidas cautelares extraprocesales, porque autorizó que estas se decreten y practiquen aunque la caución no hubiere sido prestada. Y era necesario hacerlo para que la cautela pudiera materializarse en la misma diligencia en la que se recauda la prueba extraprocesal. Si así no se hubiere previsto sobraba la norma, dado que tendría que suspenderse la diligencia, con el riesgo que ello

implica para la protección del derecho que ya se evidenció conculcado.

La caución, entonces, no es indispensable –en estos específicos casos- para que se decrete y practique la medida cautelar extraprocesal. Pero sí es necesaria para que subsista, porque si ella no se presta dentro del plazo que fije el juez, deberá levantarse y, parejamente, imponerse al solicitante una multa de hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), acompañada, además, de la condena a resarcir los perjuicios que se hubieren causado.

Precisamente porque la caución tiene esta importante finalidad, el solicitante no puede desistir de la medida cautelar extraprocesal que se practicó mientras no preste la caución, a menos que el perjudicado con la misma expresamente lo acepte.

2.2.2. Medidas cautelares en procesos declarativos

2.2.2.1. Generalidades:

La naturaleza declarativa de un proceso ciertamente impone mayores restricciones a la posibilidad de practicar medidas cautelares y, por ende, de afectar el patrimonio de una de las partes o a la persona misma, pues si bien es cierto que existe la necesidad

de asegurar la satisfacción del derecho y de garantizar el cumplimiento de la sentencia, si ella es favorable al demandante, no lo es menos que al no existir certidumbre sobre la existencia del derecho mismo y su titularidad, resulta comprensible que el legislador se muestre celoso en la regulación de las cautelas en este tipo de juicios en los que, se insiste, es la sentencia la que define el mérito de la pretensión.

Pero de otro lado, el interés público que existe en todo proceso y el derecho que tiene toda persona a obtener tutela jurisdiccional efectiva, determinan al legislador para instrumentar mecanismos que hagan eficaces los procesos declarativos, los cuales no pueden convertirse, por gracia de su naturaleza, en una especie de juicio de burlas. La función de administrar justicia, es decir, el ejercicio de la jurisdicción, la tarea de decir el derecho y de solucionar los conflictos jurídicos se convierte en oficio inútil si los pronunciamientos de los jueces no pueden ser jurídica y materialmente cumplidos porque durante el trámite del proceso se alteró la situación física o jurídica de los bienes respectivos.

Armonizar esas realidades, de alguna manera contrapuestas, en el marco de un proceso que –debemos reconocerlo- no es el más propicio para las medidas cautelares, reclama ponderación e imaginación, de modo que se concilien los intereses del demandante y del demandado, pero principalmente una perspectiva constitucional, para privilegiar la tutela jurisdiccional

efectiva y materializar uno de los fines esenciales del Estado, como es el de garantizar la efectividad de los derechos.

Desde esta perspectiva, debemos reconocer que el Código de Procedimiento Civil era tímido –por no decir mezquino– en materia de medidas cautelares en procesos declarativos, y principalmente en los llamados ordinarios. En general, no autorizaba cautelas durante el trámite del proceso, salvo los casos puntuales en que le abría paso a la inscripción de la demanda o al secuestro de bienes muebles, si la pretensión recaía sobre derechos reales principales. Eso era todo. Incluso, existía una norma, el numeral 4º del artículo 690, que ordenaba levantar esas medidas, aún de oficio, si dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se decretaron no se hubiere notificado a todos los demandados el auto admisorio de la demanda. Después de la sentencia la situación no mejoraba mucho, porque si era apelada, únicamente se abría paso el secuestro del inmueble sobre el cual recaía la inscripción.

La reforma de 1989 no agregó mayor cosa: alguna mejora en los casos de demandas que versaran sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito, y la posibilidad de obtener el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado en procesos ordinarios donde se solicitara el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, pero si –y sólo sí– el demandante

obtenía sentencia favorable de primera instancia que fuere objeto de apelación.

Con otras palabras, nada durante el proceso; algo más si mediaba un fallo estimatorio. Pero hay más. Bajo ese régimen, la ley le decía al juez qué medidas podía adoptar, en qué específicos casos y en qué oportunidades procesales; el juez tenía atadas sus manos, así advirtiera durante el trámite del proceso que la razón era del demandante y que su derecho podía diluirse.

El marco jurídico comenzó a cambiar con la expedición de la ley 1395 de 2010, cuyo artículo 39 estableció que en los procesos en los que se persiguiera el pago de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, el demandante podía pedir, desde la presentación de su demanda, que se decretara la inscripción de esta sobre cualquier bien sujeto a registro que fuera de propiedad del demandado.

Lo nuevo no fue la medida, porque la inscripción de la demanda ya era cautela conocida; tampoco fue el caso, porque para esos asuntos ya se preveían una medidas cautelares, sólo que para después de la sentencia. La novedad estaba en el momento procesal, dado que podía decretarse desde el mismo comienzo del juicio y sin audiencia del demandado; más aún, ni siquiera se impuso un miramiento judicial al mérito de la pretensión para

establecer la apariencia de buen derecho; el escrutinio lo hizo el legislador.

Como veremos a continuación, el Código General del Proceso avanzó significativamente en la regulación de medidas cautelares en procesos declarativos, preservando lo rescatable del estatuto anterior. El punto de partida se encuentra, nuevamente, en la tutela jurisdiccional efectiva; la plataforma está dada por la confianza en el juez; el mecanismo adicional: las medidas cautelares discrecionales.

2.2.2.2. Clases de medidas cautelares en procesos declarativos:

2.2.2.2.1. La inscripción de la demanda

2.2.2.2.1.1. Aspectos generales:

La inscripción de la demanda es una medida cautelar que tiene las siguientes características:

a. Sólo procede respecto de bienes sujetos a registro, particularidad que es, al mismo tiempo, un requisito de su esencia,

dado que es a través de la inscripción en la oficina correspondiente que se le dará publicidad a terceros.

Es útil señalar que no se trata de cualquier registro, sino de aquel que prevén las leyes para que se efectúe la tradición, se constituyan gravámenes o se perfeccionen embargos, para citar algunos casos. En general, son registros que tienen incidencia en los modos de adquirir el dominio o cualquier otro derecho real, así como en la dinámica de los mismos.

b. No pone los bienes fuera del comercio.

Lo dice expresamente el inciso 2º del artículo 591 del Código General del Proceso, por lo que el propietario puede vender el bien, gravarlo con hipoteca y, en general, realizar cualquier acto de disposición o de limitación de su derecho de dominio, sin que el registro de la demanda sea óbice para hacerlo.

Y es que a diferencia del embargo, que pone los bienes embargados fuera del comercio, al punto de señalar el legislador que habrá objeto ilícito en su enajenación, a menos que el juez o el acreedor lo autoricen (C.C., art. 1521, num. 3º), la inscripción de la demanda no afecta la comerciabilidad del bien, mejor aún, no restringe el derecho de disposición que tiene el titular del dominio. El dueño, entonces, puede vender, permutar, hipotecar o preñar, constituir servidumbres, etc., sin que por el sólo hecho de disponer, gravar o limitar pueda ser reprochado ni, incluso,

calificársele de contratante de mala fe por hacerlo. Simplemente es su derecho.

La inscripción de la demanda es, pues, una medida que de alguna manera concilia los intereses del demandante y del demandado: del primero, porque da publicidad del pleito; del segundo, porque no limita su derecho de disposición.

c. Genera publicidad y oponibilidad.

Quiere ello decir que mediante la inscripción de la demanda se da aviso al público en general de la existencia del pleito entre las partes, sin que, por la naturaleza misma del registro, pueda alguien sostener que no tuvo conocimiento de él. En el caso, por ejemplo, del registro de instrumentos públicos, uno de sus objetivos es, precisamente, “dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces”. (Ley 1579 de 2012, art. 2)

Justamente por el alcance que tienen esos registros, los actos registrados son conocidos por todos, y se presume de derecho –ojo con esto- que todos los conocen, razón por la cual les son oponibles (Véase, por ejemplo, el art. 47 de la Ley 1579 de 2012).

Por consiguiente, a partir de la fecha de la inscripción todos los terceros quedan sujetos a los efectos de la

sentencia que se dicte en el respectivo juicio. Con otras palabras, las personas ajenas al proceso que celebren negocios jurídicos sobre el bien respecto del cual recae la inscripción serán considerados como causahabientes y, por tanto, la sentencia extenderá sus efectos a ellos, así no se hagan parte en el juicio.

Así lo establece el inciso 2º del artículo 591 del Código General del Proceso, al señalar que quien adquiera “con posterioridad” unos bienes sobre los cuales recae un registro de demanda, “estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 303”, y que “Si sobre aquellos se constituyen posteriormente gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes”.

Tal la razón para que el inciso 2º del artículo 303 del mismo Código, al referirse a la identidad jurídica de partes como elemento de la cosa juzgada, precise que ella se da “cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o *causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro*, y al secuestro en los demás casos.”

En este orden de ideas, puede sostenerse que si bien es cierto que la inscripción de la demanda no pone los bienes fuera del comercio, no lo es menos que sí tiene la virtualidad de afectar el derecho del tercero adquirente o beneficiario del

gravamen, quien, sin duda, también habrá “adquirido” un pleito o litigio, tanto así que, según el caso, tiene legitimación para intervenir en el proceso respectivo, las más de las veces como litisconsorte cuasinecesario, porque es titular de una determinada relación sustancial a la cual podrán extenderse los efectos jurídicos de la sentencia (CGP, art. 62). Más aún, ese tercero podría, incluso, reemplazar a la parte respectiva si se dan las condiciones para que opere la sucesión procesal (C.P.C. art. 68, inc. 3).

¿Y qué quiere decir que la sentencia extiende sus efectos a dichos terceros? Pues que de ser ella favorable al demandante “se ordenará... la cancelación de las anotaciones de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere” (CGP, art. 591, inc. 4º). Así de contundente. Con otras palabras, es como si no se hubiere hecho tradición, ni constituido hipotecas o servidumbres. ¿Y por qué las cosas tienen que suceder de este modo? Pues para asegurar el cumplimiento de la sentencia y la materialización del derecho del demandante. Por ejemplo, si por resolverse un contrato el dominio sobre el bien inmueble debe retornar al vendedor que pidió la resolución, la venta que hubiere hecho el comprador demandado a un tercero no tiene porqué perjudicar el derecho de aquel, si antes de la enajenación a este se registro la demanda. Simplemente se cancela la anotación que

corresponde a la venta que hizo el demandado perdidoso, para que el bien pueda quedar bajo el dominio del vendedor ganancioso.

En síntesis, si con posterioridad al registro de una demanda se inscriben actos tales como la hipoteca o la venta o un usufructo, o inclusive, si se inscribe un remate, independientemente de que el embargo que le sirve de presupuesto haya sido anterior o posterior a la inscripción de la demanda, todos esos actos decaen ante la prosperidad de las pretensiones que motivaron la referida medida cautelar. Veamos unos ejemplos:

Pedro, poseedor, demanda a Juan, propietario de un inmueble, para que se le declare dueño por prescripción adquisitiva. Luego de inscrita la demanda, Juan le vende el predio a María, y esta, a su vez, lo enajena a Tulia. Si el juez declara la pertenencia, deben cancelarse las anotaciones correspondientes a las ventas que se hicieron a María y a Tulia, de modo tal que Pedro queda como dueño.

En el mismo caso, si Tulia constituye hipoteca también se cancela la inscripción de este gravamen. Y si el acreedor hipotecario embarga el bien en proceso ejecutivo para que se le pague la deuda, la adjudicación en remate que llegare a hacerse igualmente queda afectada por la sentencia que luego se dicte en el proceso de pertenencia adelantado por Pedro, porque esa adquisición en subasta se dio con posterioridad al registro de la demanda.

La clave, entonces, es verificar si el respectivo negocio jurídico es posterior a la inscripción de la demanda. Si lo es, quedará expuesto a los efectos de la sentencia. Pero si es anterior quedará blindado, ajeno al pleito, porque ese registro no mira hacia el pasado, no es retroactivo ni retrospectivo –expresiones que utilizamos en sentido amplio-.

Ahora bien, ¿existe algún evento en el que la sentencia favorable al demandante que inscribió su demanda no afecte negocios jurídicos celebrados con posterioridad a la inscripción? La norma procesal, el artículo 591 del CGP, no contiene ninguna excepción. Pero como esta disposición no es insular, como no lo es ninguna en el ordenamiento jurídico, es necesario examinar un caso previsto en el Código Civil para responder dicho cuestionamiento.

Creemos que existe un evento en el que esos efectos deletéreos no se producen. Es el caso de la transferencia del derecho de dominio en el marco de un remate practicado en un proceso adelantado para la realización de la garantía real, cuando el registro de la hipoteca o de la prenda es anterior a la inscripción de la demanda. Veamos un ejemplo:

Pedro (vendedor) demanda a Juan (comprador) en proceso declarativo para que, con fundamento en la condición resolutoria tácita, se resuelva el contrato de compraventa celebrado entre ellos, inscribiéndose la demanda. Sin embargo, con

anterioridad a esta inscripción y sin conocer la existencia de dicho proceso, Juan hipoteca el bien a favor de Carlos para respaldar el pago de obligaciones dinerarias. Si Carlos promueve proceso ejecutivo contra Juan para realizar su garantía, embarga el inmueble (la inscripción no impide esa otra cautela), lo secuestra, avalúa y remata, adjudicándosele a María, de prosperar la resolución propuesta por Pedro no se podría afectar el derecho de dominio de ésta, quien puede invocar válidamente su condición de tercero de buena fe exenta de culpa, aunque el remate sea posterior a la inscripción de la demanda, toda vez que lo importante aquí es que la hipoteca es anterior a dicha inscripción, por lo que no podría verse afectada por las resultas de la resolución del negocio de venta.

Sólo si la resolución de la venta se decreta en fuerza de una condición resolutoria expresa o de una aparente, los efectos de la sentencia cobijarían a María, pero aún en este caso la afectación no se daría por razón de la inscripción de la demanda, sino en virtud de los efectos de la resolución.

Esta interpretación está amparada por el Código Civil en sus artículos 1548, 1931 (1º de la Ley 45 de 1930), 1933 y 1944, que tutelan los derechos de terceros de buena fe frente a los efectos resolutorios, imponiéndose interpretar en este sentido el artículo 591 del Código General del Proceso.

d. Puede coexistir con otras medidas cautelares.

Se sabe que, por regla, las medidas cautelares no pueden coexistir con otras de su misma especie, de suerte que sobre un mismo bien no pueden recaer dos embargos, o dos secuestros, a menos que exista disposición expresa en contrario.

En el caso de la inscripción de la demanda se configura una excepción, porque a ella no le repugna convivir con otras cautelas de su hermandad. Bien pueden inscribirse varias demandas sobre un mismo bien, e incluso puede coexistir con embargos y secuestros decretados y consumados en otros procesos.

Lo dice el inciso 3º del artículo 591 del Código General del Proceso, al establecer que “La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo no impedirá el de una demanda posterior, ni el de una demanda el de un embargo posterior.”

Por vía de ilustración, sobre un bien inmueble pueden registrarse demandas relativas a distintas pertenencias, a la resolución de un determinado contrato de compraventa celebrado por uno de sus propietarios y la división de la cosa común. Y esas varias inscripciones no impiden que un acreedor de los dueños registre un embargo decretado en el marco de una ejecución, ni esta cautela, si se registró primero, obstaculiza la inscripción de aquellas demandas.

Esa coexistencia puede ofrecer ciertas dificultades a la hora de precisar los efectos de las distintas medidas. Ya en el literal anterior dejamos entrever que si un embargo se registra antes o después de una inscripción de la demanda, es posible que esa cautela se cancele por orden del juez que dispuso el registro de la demanda, si las pretensiones son favorables al demandante. Por ejemplo, si se declara la pertenencia sobre un bien que un acreedor del dueño embarga, esta cautela se levanta por fuerza de aquella decisión. Ni modo que el nuevo propietario reciba el bien embargado; ni modo que el embargo subsista si el predio ya no está bajo el dominio del deudor.

El propio artículo 590 del Código General del Proceso nos brinda otro parámetro para resolver disputas de coexistencia de inscripciones de demanda, puesto que señala que, aunque la sentencia sea favorable al demandante, no se afectará el registro de otras demandas. Por consiguiente, si sobre un predio de propiedad de Carlos y María se inscribe una demanda de pertenencia propuesta por Timoteo, nada impide registrar otra demanda en un divisorio planteado por María contra Carlos; y si se hace partición en este último juicio, como lo pedía la demandante, sobre cada porción de terreno subsistirá la inscripción de la demanda ordenada a instancia de Timoteo. Ni más faltaba que una controversia entre comuneros perjudicara el derecho del tercero poseedor.

Pero ese tajante mandato del inciso final del artículo 591 del Código General del Proceso sobre efectos de la inscripción de la demanda en otras inscripciones, no puede interpretarse en forma absoluta porque, en todo caso, es necesario atender el marco sustancial dentro del cual operan las respectivas cautelas.

Así por ejemplo, si es claro que respecto de un mismo bien pueden coexistir inscripciones de demandas decretadas en distintos procesos en los que se plantean pretensiones de nulidad de contrato de compraventa (Alfonso demandando a José y Gilberto, sus compradores), de división de la cosa común (José contra Gilberto) y de pertenencia (propuesto por Gerardo), sin que la prosperidad de las pretensiones nulificadoras de Alfonso afecte la inscripción ordenada dentro del proceso para hacer valer la usucapación, también es claro que, en el mismo ejemplo, el triunfo de las pretensiones de Alfonso obliga a que se cancele la inscripción de la demanda decretada en el proceso divisorio y, así mismo, que si prospera la pretensión de pertenencia de Gerardo, sin que para ese momento se hubieren definido los otros dos procesos, también se cancelarán como consecuencia de la inscripción de la sentencia declarativa de la prescripción adquisitiva, las inscripciones de las demandas de nulidad y divisoria, pues la naturaleza de la prescripción adquisitiva implica el desconocimiento absoluto de los derechos reales y personales discutidos tanto por Alfonso, como por José y Gilberto, amén de que la liquidación de la comunidad

necesariamente decae, por sustracción de materia, ante la desaparición del derecho de los comuneros.

Por consiguiente, también existen casos en los que deben cancelarse inscripciones de demanda como consecuencia de la prosperidad de pretensiones bajo cuyo espectro fue decretada otra inscripción.

e. Para que pueda ser decretada es necesario prestar caución.

Lo dice el numeral 2º del artículo 590 del Código General del Proceso, pero debe acotarse que esa contracautela no será necesaria en los eventos en los que la ley dispone la inscripción oficiosa del libelo, como acontece en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiación y división de bienes comunes (art. 592).

f. Puede decretarse desde que se admita la demanda.

Lo autoriza el numeral primero del artículo 590 del Código General del Proceso, lo que significa que esta medida puede ordenarse y materializarse sin audiencia del demandado, precisamente para evitar actos de disposición o de gravamen que

impidan que la cautela se registre y produzca los efectos que hemos señalado.

2.2.2.2.1.2. Asuntos en los que procede la inscripción de la demanda.

La inscripción de la demanda procede en los siguientes casos:

- a. Cuando verse sobre derechos reales principales.

Los casos que mejor ejemplifican la procedencia de la inscripción de la demanda son aquellos referidos a discusiones sobre derechos reales principales, porque esa medida, por los efectos que genera frente a terceros, garantiza el cumplimiento de la sentencia favorable que se pronuncie en torno a ellos.

Piénsese, por ejemplo, en un proceso en el que se discuta la resolución de un contrato de compraventa sobre un inmueble cuya tradición hizo el vendedor demandante, quien le reprocha a su comprador demandado la falta de pago del precio. Si no fuera por la tempestiva inscripción de la demanda, la venta del bien que hiciera el demandado a un tercero de buena fe impediría, por regla, materializar los efectos retroactivos de la resolución que llegare a decretar el juez, si le diera razón al demandante, quien vería frustrada la posibilidad de recuperar el dominio. Por el

contrario, el registro oportuno de la demanda, aunque no impide la transferencia del derecho al tercero, sí asegura que la propiedad vuelva al vendedor demandante que sale airoso en su demanda resolutoria.

Aunque la pretensión debe concretarse a un derecho real principal, como la propiedad o el usufructo, no es necesario que la súplica principal, en sí misma considerada, implique la afectación del derecho real correspondiente, porque es suficiente que de manera consecencial o subsidiaria ese derecho pueda resultar modificado o alterado. Por eso el literal a) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso le abre paso a la inscripción de la demanda cuando ella versa sobre dominio u otro derecho real principal, “directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otras”.

En este sentido, la inscripción de la demanda tiene cabida en los procesos de pertenencia –más allá de su obligatoriedad- porque la pretensión apunta directamente a un derecho real principal: el poseedor demandante quiere que se le declare dueño por prescripción adquisitiva. Pero esa medida también cabe en los procesos de resolución de contrato, o en los de nulidad o rescisión de un negocio jurídico, pues si bien es cierto que la súplica principal concierne a derechos personales, no lo es menos que como consecuencia de la resolución, la nulidad o la rescisión las cosas deben volver al estado en que se encontraban para el

momento de la celebración del respectivo contrato, como es propio de los efectos retroactivos, lo que significa que, eventualmente, puede resultar afectado el derecho real. Y si en una demanda la pretensión principal nada tiene que ver con derechos reales, como por ejemplo que se resarzan unos perjuicios por el incumplimiento del vendedor de su obligación de hacer una tradición válida (C.Co., art. 925), pero la subsidiaria plantea la resolución del contrato, también procede su anotación en el registro por cuanto un derecho real principal puede quedar comprometido.

La cautela en cuestión también es viable en los procesos de filiación con petición de herencia (si los bienes adjudicados están sujetos a registro), más no por la primera pretensión sino por la segunda. Igualmente tiene cabida en los procesos relativos a la nulidad o reforma de un testamento, y en los de simulación de contratos que recaigan sobre inmuebles.

Ahora bien, dos precisiones deben hacerse en este momento:

- La primera, que no toda discusión sobre un derecho real principal viabiliza la inscripción de la demanda. Es el caso de los procesos en los que se ejerce la acción reivindicatoria, porque sin negar que el demandante debe probar la propiedad sobre el bien cuya reivindicación solicita, esa sola circunstancia no

traduce que pueda decretarse la inscripción. Al fin y al cabo, una cosa es que el derecho real principal sea objeto de prueba, y otra bien diferente que como secuela de la pretensión pueda llegar a sufrir alteración la titularidad del derecho.

Obsérvese que en la acción dominical, si el juez concede la pretensión es porque el demandante era dueño con mejor derecho a la posesión sobre el bien; la sentencia no le da el derecho real de dominio, ni este sufre mutación como consecuencia del fallo judicial; aunque el juez declare que el libelista es propietario, ese pronunciamiento simplemente reconoce una situación jurídica, pero no le quita derecho real al demandando para dárselo al demandante. Y esto vale aún para aquellos casos en que existe enfrentamiento de títulos, porque el triunfo del demandante simplemente traduce que él siempre fue el titular del derecho real, sin que la sentencia le agregue nada a su derecho.

Por el contrario, si el demandado resulta ganancioso en el proceso es porque tenía mejor derecho que el reivindicante, sin que la sentencia, desestimatoria por cierto, le quite o ponga derecho real.

-. El segundo, que no basta que se plantee una pretensión resolutoria o de nulidad de un contrato relativo a inmuebles para que proceda la inscripción de la demanda. Es necesario, ello es medular, que la demanda verse sobre el dominio

u otro derecho real principal. Veamos un caso: Si un comprador demanda a su vendedor porque no le hizo tradición del inmueble, la inscripción de la demanda no procede sencillamente porque la sentencia jamás alterará la situación jurídica del bien, dado que así se decreta la resolución por hallarse que el vendedor demandado incumplió su obligación, el derecho real de dominio seguirá en cabeza de éste.

Desde esa perspectiva, la pregunta que debe hacerse el juez en este tipo de procesos con el fin de verificar la procedencia de la inscripción de la demanda es esta: ¿Si en la sentencia concediera la pretensión del demandante, tendría necesariamente que disponer que el derecho real principal mude de titular? Si la respuesta es afirmativa la medida cautelar procede; si la respuesta es negativa la inscripción no procede.

b. Cuando la demanda verse sobre universalidades de bienes.

Lo dicho anteriormente sirve para ilustrar el caso de la inscripción de la demanda sobre universalidades de bienes, más concretamente cuando son de derecho.

Si en determinado proceso se disputa la propiedad de un establecimiento de comercio, es viable decretar la inscripción de la demanda, la que deberá registrarse en la respectiva Cámara de

Comercio. Y esa discusión puede tener lugar en forma directa, pero también de forma indirecta o en subsidio de alguna otra pretensión.

También podría ordenarse una inscripción de demanda si ésta se refiere a un patrimonio autónomo, como sucede en la fiducia mercantil, caso en el cual la medida debe materializarse sobre todos y cada uno de los bienes sujetos a registro que lo integren. Así, cuando se plantee que el negocio fiduciario se realizó en fraude de terceros (C. de Co., art. 1238, inc. 2º), bien pueden los interesados pedir y obtener un decreto cautelar en ese sentido.

Si la universalidad es de hecho, lo procedente será el secuestro, como se explicará más adelante.

c. Cuando la demanda verse sobre el pago de la indemnización de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Consecuente con lo que ya tenía previsto la Ley 1395 de 2010, el Código General del Proceso permitió la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios originados en una responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Se trata de una medida ciertamente eficaz para garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, como que permite, de una u otra manera, preservar la situación

patrimonial del demandado para el momento en el que se ordena la medida cautelar, evitando así que las transferencias de bienes que puedan hacerse mientras se define el conflicto jurídico, impidan la posterior ejecución del fallo.

Pero al mismo tiempo, insistimos a riesgo de incurrir en tautología, dicha cautela no afecta sensiblemente los derechos que tiene el demandado sobre sus bienes, los cuales puede transferir o gravar si fuere necesario, con la sola advertencia para el adquirente o beneficiario de que la sentencia le será oponible.

Es importante destacar que el legislador no acudió en estos casos al concepto de patrimonios de afectación para circunscribir la anotación registral de la demanda a los bienes directa o indirectamente vinculados a los hechos que eventualmente dan lugar a la responsabilidad civil del demandado, como era lo usual. Recordemos, por vía de ilustración, que el Código de Procedimiento Civil, en su versión original, autorizaba la inscripción de la demanda en procesos de responsabilidad por accidente de tránsito sobre el vehículo con el que se había causado el daño, precisamente porque se consideró que ese específico bien quedaba afecto o principalmente afectado al resarcimiento del perjuicio. Lo propio sucede en el caso de la inscripción de la demanda que permite el artículo 522 del Código de Comercio, en el que se regula la indemnización a que tiene derecho el arrendatario por los

perjuicios que le cause el propietario del local comercial que, tras obtener la restitución del inmueble, no le da al bien el destino indicado o no le da principio a las obras dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de la entrega, casos en los cuales, dice esa norma, “el inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización y la correspondiente demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versan sobre el dominio de inmueble.”

No. A diferencia de esa tendencia normativa, el Código General del Proceso amplió el espectro de la inscripción de la demanda en estos juicios de responsabilidad civil, sin paramientos en los bienes involucrados en los hechos respectivos, dado que, se reitera, permite esa medida sobre cualquier bien sujeto a registro que sea de propiedad del demandado, materializando así, en términos más tuitivos, el derecho de persecución.

Destaquemos que, contrario a lo que se piensa, la inscripción de la demanda no es una medida extraña a los procesos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, como lo evidencian las dos disposiciones enantes citadas. Lo que hicieron la Ley 1395 y el Código General del Proceso fue, simplemente, ampliar su espectro.

Es importante señalar que la procedencia de esta medida no está condicionada a un escrutinio judicial sobre la apariencia de buen derecho del demandante. Basta la solicitud del

demandante y que se preste la caución respectiva, para que el juez deba decretar la inscripción de la demanda. Empero, si el juzgador considera débil la pretensión, lo que puede hacer es aumentar el monto de la caución para garantizar de mejor manera el pago de las costas y perjuicios que lleguen a causarse. De la misma manera, si el juez estima que el derecho del demandante luce fuerte, puede disminuir el monto de la garantía para viabilizar la cautela.

Es claro, entonces, que el juez no puede negar la inscripción de la demanda; su intervención puede darse en la determinación del monto de la fianza o contracautela, que dependerá, ahí sí, de la apariencia de buen derecho. Así lo establece el numeral 2 del artículo 590 del Código General del Proceso, que tras fijar el valor de la garantía en un 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, puntualiza que, “sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida”.

Resta decir en este punto, que a diferencia de la inscripción de la demanda que se decreta en asuntos que versen sobre dominio u otro derecho real principal, o sobre universalidades de bienes, la cual no puede levantarse mediante contracautela, la que se ordena en procesos de responsabilidad civil puede no decretarse o cancelarse si el demandado presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el pago de la

indemnización de perjuicios. Al fin y al cabo, se trata de cambiar una garantía por otra.

Por la misma razón y porque es característica de las medidas cautelares, el demandado puede solicitar la sustitución de cautela, siempre que se mantenga la seguridad que ofrecía la inscripción de la demanda, sin que esa sustitución necesariamente se limite a otro registro. Nada obsta, por ejemplo, para que el demandado ofrezca como respaldo unos bienes muebles no sujetos a registro, para que sean embargados y secuestrados.

2.2.2.2. El secuestro de bienes muebles

Esta medida tiene lugar bajo los mismos presupuestos de la inscripción de la demanda, sólo que recae sobre cualquiera otro bien no sujeto a registro.

Con otras palabras, si la demanda versa sobre derechos reales principales (directamente, en forma consecucional o subsidiaria) o sobre una universalidad de hecho o de derecho, deberá examinarse cuál es el bien involucrado en la discusión: si es un bien sujeto a registro (inmuebles, naves, aeronaves, etc.), tendrá cabida la inscripción de la demanda; en los demás casos (muebles en general), procederá el secuestro.

Por consiguiente, lo que se ha dicho con respecto a la inscripción de la demanda es perfectamente aplicable al secuestro que se decreta en esas hipótesis, lo que quiere significar, entre muchas otras cosas, que esta cautela produce los mismos efectos de la inscripción. Al fin y al cabo, a través de la entrega de los bienes al secuestro se le da publicidad al proceso frente a terceros.

Por eso el inciso 2º del artículo 303 del Código General del Proceso, al ocuparse de la identidad jurídica de partes, no sólo extiende el concepto a los causahabientes de las partes por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, sino también al que se perfecciona luego del secuestro.

Piénsese, por ejemplo, que dos personas se disputan la propiedad de unas joyas. Si en el proceso se consuma el secuestro de esos bienes muebles, esta medida impedirá la tradición que deba hacerse en virtud de un contrato de compraventa celebrado durante el curso del proceso por el demandado a quien le fueron secuestradas. Aunque el comprador tendrá título, no podrá ocurrir el modo porque la tradición exige la entrega, la cual no será posible en tanto que los bienes no los tiene el vendedor (demandado en el juicio) sino el secuestro.

Resta decir que esta medida cautelar de secuestro en procesos declarativos será la procedente cuando la disputa recaiga sobre universalidades de hecho, como una biblioteca o una colección de bienes muebles.

2.2.2.2.3. El secuestro de bienes inmuebles

Circunscrita esta medida a las mismas hipótesis de procedencia de la inscripción de la demanda, resulta ser un perfecto complemento de ésta, pues al paso que aquella garantiza los eventuales efectos favorables de la sentencia en cuanto al modo, ésta asegura los mismos efectos pero en lo que concierne a la entrega material del inmueble, en caso de ser necesaria.

Más, para que esta medida tenga lugar es requisito indispensable que se hubiere dictado sentencia de primera instancia favorable al demandante, como lo establece el inciso 2º del literal a) del artículo 590 del Código General del Proceso. Con todo, como el literal c) del mismo precepto posibilitó medidas cautelares discrecionales, es perfectamente posible que el juez disponga esta cautela antes de la emisión de fallo, si en el curso del proceso encuentra altamente plausible la pretensión del demandante.

Podría sostenerse que el secuestro con posterioridad a la sentencia favorable era una medida justificada cuando el recurso de apelación contra el fallo condenatorio se tramitaba en el efecto suspensivo; pero como ahora esa alzada se surte en el efecto devolutivo, dirán algunos que es innecesaria la cautela. Empero, no se olvide que, en todo caso, el juez no puede hacer entrega de bienes hasta tanto sea

resuelta la apelación (CGP, art. 323, inc. 2), circunstancia que evidencia la necesidad de esa medida.

No olvidemos que el Código Civil prevé otra posibilidad de secuestro de bienes inmuebles, pues en el artículo 961 se dispone que “si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo fijado por la ley o por el Juez, de acuerdo con ella; y si la cosa fue secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se lo reembolse.”

2.2.2.2.4. El embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado

Estas medidas proceden en juicios de responsabilidad civil contractual o extracontractual, siempre que el demandante obtenga sentencia favorable, así hubiere sido apelada. Si no lo fue, con mayor razón caben esas cautelas, en el marco de la ejecución del fallo.

Así lo manda el inciso 2º del literal b) del artículo 590 del Código General del Proceso, en el que se establece que “Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de

propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella”.

Obsérvese que el embargo y secuestro no sólo puede recaer sobre los bienes que fueron objeto de inscripción de la demanda durante el trámite del proceso, sino que el legislador también las autorizó respecto de cualquier otro bien de propiedad del demandado. Luego no es requisito de estas medidas cautelares que previamente hayan sido objeto de registro de demanda. Y así es como deben ser las cosas puesto que la sentencia condenatoria, aunque no esté firme, refuerza la apariencia de buen derecho, lo que habilita profundizar el ejercicio del derecho de persecución. Desde luego que la ley no podía circunscribir tales medidas a un bien o bienes específicos, dada la naturaleza de las pretensiones, que atendidas positivamente en la sentencia obligan al demandado a satisfacer con su patrimonio –que es prenda común y general que de los acreedores- el derecho personal reconocido al demandante.

Hay aquí, entonces, una diferencia con la regulación del literal a) del artículo 590, concerniente a discusiones sobre derechos reales principales, casos en los cuales, como quedó visto, el secuestro sólo puede recaer sobre el bien objeto del proceso.

En todo caso, no se pierda de vista que los literales a) y b) del numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso pueden conjugarse en múltiples casos. Por ejemplo, si se pide la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble que el demandado

comprador tiene bajo su dominio, procede la inscripción de la demanda sobre ese bien raíz porque indirectamente está en discusión un derecho real principal. Aquí se aplica el literal a). Y si el demandante también pide que como consecuencia de la resolución se condene al demandado a pagarle perjuicios, es viable decretar la inscripción de la demanda sobre cualquiera otro bien de propiedad del demandado. Y si la sentencia favorece al actor, podrá pedirse el embargo y secuestro de estos o de cualquier otro. Aquí se aplica el literal b). Por supuesto que la inscripción ordenada sobre el inmueble que fue objeto de la venta cuya resolución se demanda garantiza que el bien podrá volver al patrimonio del vendedor demandante; las otras medidas respaldarán el pago de los perjuicios. Que no se confundan las cautelas; que no se les excluya por el sólo hecho de estar reguladas en literales diferentes; que no se trabuquen sus propósitos.

2.2.2.2.5. Medidas cautelares discrecionales

Una de las decisiones legislativas más importantes adoptadas en el Código General del Proceso fue la de permitir que el juez, en procesos declarativos, decrete cualquier medida cautelar que considere razonable para la protección del derecho litigado, no solo por lo que esa postura traduce en términos de confianza hacia los

jueces, sino también por el enorme impacto que tiene en la tutela jurisdiccional efectiva.

Como se sabe, una de las más grandes deficiencias que tenía el sistema procesal en procesos declarativos era la orfandad del derecho objeto del litigio, puesto que las más de las veces no era posible su satisfacción, pese al reconocimiento de él en la sentencia que le ponía fin al juicio. Para cuando esta decisión se adoptaba, años después de presentada la demanda, ya había variado significativamente la situación patrimonial del demandado, quien encontraba en la duración del proceso una oportunidad para evadir las posibles consecuencias de una sentencia adversa. En general los jueces, a pesar de la apariencia de buen derecho del demandante, no tenían la posibilidad de decretar cautelas que permitieran, de una u otra forma, garantizar el derecho y asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Para solucionar ese grave problema, el Código General del Proceso estableció en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 que desde la presentación de la demanda y a petición del demandante, el juez podía decretar cualquier medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”

Obsérvese que el legislador, al consagrar esta opción cautelar, no se refirió solamente a las apellidadas medidas cautelares innominadas, de diseño judicial o ideadas por el propio juzgador, sino que permitió, de manera general, el decreto de cualquier medida que el juez encuentre razonable, por lo que no solo tienen cabida las cautelas de invención judicial sino también las que la propia ley ha previsto y regulado. Por consiguiente, al amparo de esa disposición bien pueden los jueces, si la pretensión es plausible, disponer para el caso concreto una medida como el “pago provisorio”, pero también un embargo, o un secuestro, o una inscripción de demanda, así ésta no verse sobre los temas en los que, en principio, tiene cabida una de esas medidas. Por eso, se insiste, el legislador utilizó la frase “cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable”.

¿Y qué es lo que determina la razonabilidad? Pues los fines de la medida cautelar, ya señalados en capítulo anterior, y que el legislador, a su manera, recordó con carácter enunciativo:

a) La necesidad de proteger el derecho objeto del litigio; por ejemplo, en un proceso de responsabilidad civil en el que el demandante pide perjuicios por los daños causados (pérdida de una extremidad), podría ordenarse la entrega de una prótesis por parte del demandado, para garantizar la adaptabilidad y evitar mayores daños en la vida de relación.

b) Impedir la infracción del derecho, por lo que el juez podría autorizar que el demandante se abstuviera de hacer un pago mientras decide un litigio en el que se invoque la teoría de la imprevisión.

c) Evitar las consecuencias derivadas de la infracción del derecho, hipótesis que permite, en un caso de responsabilidad del constructor, disponer que por éste se asuman los costos de arrendamiento de un bien en el que serán reubicados temporalmente los demandantes afectados.

d) Prevenir daños, de suerte que en un pleito de responsabilidad civil contractual podría decretarse el secuestro del bien en poder del demandado con el fin de evitar su deterioro.

e) Hacer cesar los daños que ya se hubieren causado, evento que sugiere la posibilidad de una cautela como el retiro inmediato de unos implantes mamarios, en un proceso por responsabilidad médica.

f) Asegurar la efectividad de la pretensión, por lo que para garantizar el pago de una suma reclamada, podría el juez embargar unos bienes del demandado.

Ahora bien, para decretar las medidas cautelares a las que se refiere esta norma, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, a saber:

a) Debe solicitarse por el demandante.

Esta es la regla general, puesto que la medida cautelar es rogada, salvo en los procesos de familia, en los que expresamente el legislador estableció que el juez podía “actuar de oficio” y “si... lo considera conveniente” (CGP, art. 598, num. 5, lit. f).

Lo dicho no significa que el juez quede atado a la medida requerida por el demandante, porque es aquél quien determina su razonabilidad. Por eso el artículo 590 estableció que el juez “podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

b) La medida debe ser razonable, en función de los fines de la cautela, como ya se explicó.

c) El juez debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes.

Deberá, entonces, hacerse un análisis preliminar de la legitimación en la causa, pero no solo en el demandante interesado en la medida, sino también en el demandado. No se trata, desde luego, de un examen definitivo de ese presupuesto de la pretensión, sino de un escrutinio que acerque al juzgador al tema de la legitimación. Por eso la ley utilizó el verbo “apreciar”.

Y es indispensable también verificar el interés para obrar en ambas partes, el cual, como se sabe, debe ser legítimo, real o cierto y actual.

d) Es imprescindible analizar la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Recordemos que el juez, al decretar una medida cautelar, no hace un juicio sobre el mérito de la pretensión, por lo que su pronunciamiento cautelar no puede considerarse como un otorgamiento de razón al demandante. Pero el juez sí tiene que examinar, objetivamente, si el derecho ha sido vulnerado, más allá de las implicaciones que pueda tener en materia de responsabilidad, o si la amenaza es probable, con independencia de sus connotaciones.

e) Se debe analizar la apariencia de buen derecho.

Como quedó visto, la apariencia de buen derecho es principio cardinal en materia cautelar. El juez, por tanto, antes de decretar la medida cautelar nominada o innominada, tiene que hacer un escrutinio sobre la valía del derecho alegado por el demandante, para lo cual tendrá que remitirse, necesariamente, a las pruebas que se hubieren allegado, las cuales le permitirán establecer el llamado *fumus boni iuris*.

Insistimos en que la apariencia de buen derecho debe tener respaldo probatorio. No puede ser, en ningún caso, una cuestión subjetiva, sino objetiva, por lo que el demandante que quiera obtener una medida cautelar con respaldo en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP, tiene que allegarle al juez los

medios probatorios que, aunque no se hayan sometido a contradicción, le permitan establecer que el derecho es aparentemente atendible.

f) La medida cautelar debe ser necesaria, efectiva y proporcional.

Quiere ello decir que el juez debe establecer si para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción, asegurar la efectividad de la pretensión o prevenir daños, entre otras finalidades, la cautela suplicada es imprescindible.

Así, por vía de ilustración, en un proceso de responsabilidad bancaria contra una reconocida institución financiera, aunque las pruebas allegadas permitieran afirmar que el demandante tiene apariencia de buen derecho, no luciría necesario un embargo y retención de dineros del establecimiento bancario, Por el contrario, luciría aconsejable una caución.

De igual manera, el juez debe examinar que tan efectiva es la cautela solicitada, es decir, si el fin perseguido puede cumplirse con la medida que se requiere.

Y también será indispensable ponderar la proporcionalidad de la medida. ¿Será proporcional, por ejemplo, decretar el embargo de unas cuentas por cobrar que tenga una clínica demandada, si los dineros respectivos son necesarios para el

buen funcionamiento del centro médico? Parece que no. Cada caso determinará esa proporcionalidad

g) El demandante debe prestar, en forma previa, caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica.

Es bueno recordar que el juez, al momento de decretar la medida, puede aumentar el monto de la caución, e incluso, durante el proceso, puede aumentar o disminuir su valor si lo considera razonable, a lo que puede proceder de oficio o por solicitud del demandado.

Resta decir en este punto que en cualquier etapa del proceso el juez puede ordenar que cese la medida cautelar adoptada, o modificarla o sustituirla, dependiendo, como es obvio, de las pruebas que vaya recaudando y del análisis progresivo de la pretensión y de la oposición. Así, el juez podría reducir un embargo, o cambiar el embargo de un bien por otro, o cancelar la medida cautelar si estima que falla alguno de los presupuestos que advirtió para decretarla.

De igual manera, al decretar la medida cautelar el juez puede determinar su duración y alcance, según la clase de medida. Y como era de esperarse, el demandado puede impedir su práctica, solicitar su levantamiento o la modificación, si presta caución que garantice el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al

demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. Pero esta posibilidad de contracautela solo tiene cabida cuando se trate de pretensiones pecuniarias o económicas, por lo que si las súplicas de la demanda no tienen este contenido, o si las cautelas procuran anticipar materialmente el fallo (como en el caso medidas que imponen un deber de abstención), no será viable la caución.

2.2.3. Medidas cautelares en procesos ejecutivos

El fundamento sustantivo de las medidas cautelares que puede solicitar un acreedor para hacer efectiva la obligación, es el derecho de persecución que se materializa sobre el patrimonio del deudor, el cual, como se sabe, es prenda común y general de los acreedores.

En este sentido establece el artículo 2488 del Código Civil que “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables designados en el artículo 1677.” Por tanto, si un acreedor puede embargar y secuestrar bienes de su deudor es porque tiene derecho de persecución y no porque tenga título ejecutivo. Este, como prueba que es, respalda el ejercicio de su derecho, pero no es dable confundir el derecho con su prueba.

Desde esta perspectiva, resulta comprensible que el Código General del Proceso, al regular las medidas cautelares en procesos ejecutivos, hubiere establecido en el artículo 599 que “Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado”, porque de esta manera se instrumenta el derecho de persecución aludido.

Ahora bien, la forma como se cristalizan los embargos y secuestros sobre bienes está regulada en los artículos 593 y 595 del Código General del Proceso. La regla general es que para los bienes sujetos a registro el embargo requiere de inscripción en la oficina correspondiente; para los que no lo demandan (el registro) el embargo se auxilia del secuestro, de forma tal que ambas cautelares, sin confundirse, se materializan en un solo acto. En general, esas disposiciones guardan simetría con sus equivalentes del Código de Procedimiento Civil (arts. 681 y 682), aunque con ciertas modificaciones que conviene destacar.

2.2.3.1. Reformas al embargo de bienes:

a. En lo que concierne al embargo de bienes sujetos a registro, la nueva disposición señala que el certificado que debe expedir el Registrador sobre la situación jurídica del bien embargado debe comprender un período equivalente a diez (10) años –y no 20,

como en la regla anterior-, porque aquel es el plazo de la prescripción extraordinaria, según la ley 791 de 2002.

De igual manera se precisó que si el bien es perseguido en acción real, hipotecaria o prendaria, debe darse aplicación al numeral 2 del artículo 468 del CGP, esto es, que el Registrador debe inscribir el embargo aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien, para tener al actual dueño como nuevo demandado. La variación es importante y va más allá de la eliminación del proceso “ejecutivo con garantía real”, al que se refería la norma anterior, porque la regla aplica en cualquier hipótesis de ejercicio de la garantía real, sea en el marco de una “adjudicación o realización especial” (art. 467), o cuando sólo se persiga el pago con la venta de los bienes gravados (art. 468), o cuando se ejercite la llamada acción mixta.

b. Quedó claro en la nueva codificación que la posesión también puede ser objeto de embargo y secuestro. Aunque habría sido más preciso decir que estas cautelas podían recaer sobre los derechos derivados de la posesión, se consideró que el lenguaje no era significativo porque constitucionalmente la Corte del ramo había precisado que la posesión era un derecho de propiedad imperfecto.

Lo cierto es que bajo el Código General del Proceso es posible embargar y secuestrar la posesión que un demandado tenga sobre bienes muebles o inmuebles. Lo dice el numeral 3º del artículo 593 al puntualizar que el embargo de “bienes muebles no sujetos a

registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos”, y lo reitera el inciso 2º del artículo 601 al señalar que “El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, o la posesión sobre bienes muebles o inmuebles”.

Algunos seguirán preguntándose qué es lo que se embarga en la posesión, pero la respuesta es sencilla: amén de los derechos patrimoniales que tenga el poseedor, concretados en las mejoras que hubiere plantado, está el derecho a usucapir que haya consolidado o que venga consolidando, de suerte que el rematante de esa posesión podrá agregar a la suya la del poseedor material ejecutado para adquirir el bien por prescripción.

c. En el caso de créditos u otros derechos semejantes es necesario, como ya se tenía previsto, notificar al deudor. Más, para una mejor efectividad de la medida, se hicieron importantes ajustes:

-. El primero, consistente en que el deudor, al momento del pago, ya no debe consignar los dineros respectivos en la cuenta de depósitos judiciales, sino que debe constituir un certificado de depósito a órdenes del juzgado. Como el Código no dijo –y no podía decir- en qué Banco, y el Banco Agrario sólo es establecimiento obligado tratándose de depósitos judiciales, creemos que el CDT puede constituirse en cualquier institución financiera autorizada para hacer esas operaciones. De esta manera

se garantizan rendimientos, no a favor del Estado, sino del deudor o de su ejecutante.

- Se eliminó el plazo que tenía el deudor para suministrar información sobre la deuda (existencia, exigibilidad, cuantía, etc.), dado que se prestaba para equívocos, principalmente en cuanto pagos realizados durante los tres días que preveía el numeral 4º del artículo 681 del CPC. Como quedó la norma en el Código General del Proceso, el deudor notificado tiene el deber de proporcionar esos datos “al recibir... la notificación”; no hay plazo adicional porque se trata de información que debe conocer, de suerte que si en el momento de perfeccionarse no da la noticia respectiva, responderá –en todo caso- por el correspondiente pago.

- Se precisó, por último, que “la notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito”. Por supuesto que si la deuda embargada ya estaba prescrita no se producirá ese efecto, pero si no lo estaba y ya era exigible, será necesario entender que el acto del ejecutante (tercero frente a la relación crediticia cautelada, pero acreedor del demandado que es acreedor en ella) trunca el plazo prescriptivo porque constituye reclamación de pago. Por eso, entonces, si el deudor notificado no paga, el juez designará un secuestre para que adelante el respectivo proceso judicial.

d. Al igual que en la hipótesis del literal anterior, en los eventos de embargos que recaigan sobre sumas de dineros, trátese

de dividendos, utilidades o intereses (num. 6), salarios (num. 9) y depósitos en establecimientos bancarios y similares (num. 10), se dispuso que con los montos respectivos deben constituirse certificados de depósito a órdenes del juez.

e. Y como política y jurídicamente es inaceptable el desacato de la decisión judicial, se incluyó un párrafo en el que se dice que la inobservancia de la orden del juez hará incurrir al destinatario del oficio que comunica la medida en “multas sucesivas de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos mensuales”. Ojalá los jueces hagan uso de este poder, cuando sea del caso, porque si hay cosa que le hace daño a la administración de justicia es un juzgador que permite que sus decisiones sean burladas.

2.2.3.2. Reformas al secuestro de bienes.

Uno de los mayores problemas de la administración de justicia radica en la efectividad de la medida cautelar de secuestro, las mas de las veces desteñida por cuenta de la inoperancia del auxiliar de la justicia que cumple el oficio público de secuestro.

El Código General del Proceso trató de avanzar en la elaboración de un marco normativo que permitiera hacer del secuestro una cautela efectiva. Con ese propósito procuró evitar al auxiliar de la justicia y mantener el *statu quo*, sin afectar la consumación de la medida cautelar. Creemos, sin embargo, que mientras no se suprima

definitivamente la figura tradicional del secuestre o se la cualifique, bien poco se logrará en la materia.

2.2.3.2.1 Las siguientes son las modificaciones a la designación de secuestres:

a. Se sustituyó el régimen de garantías legales (pólizas por sumas de dinero en función del número de habitantes), por el de garantías administrativas, en tanto que deben ser fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura (CGP, art. 48).

b. Se le fijaron parámetros al Consejo Superior de la Judicatura para poder incluir a una persona como secuestre en la lista de auxiliares de la justicia. Tales son: la solvencia, su liquidez, la experiencia, la capacidad técnica, su organización administrativa y contable y la infraestructura física que tenga.

Es de esperarse que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura atienda con rigor esas exigencias, reparando en las necesidades de los distintos circuitos judiciales. Al fin y al cabo, no deben ser iguales los requerimientos para un secuestre en Bogotá, Medellín, Cali o Barranquilla, que en Tibasosa, Paratebuena, Betulia o Villanueva.

c. La designación se hará en forma uninominal. Por tanto, en el auto respectivo el juez sólo referirá el nombre de un secuestre y no el de tres como en el caso de otros auxiliares (partidores,

intérpretes, etc.). De esta manera se evita la manipulación de los nombramientos.

d. Cuando la diligencia de secuestro se practique a través de comisionado, el funcionario correspondiente sólo puede relevar al secuestre si el auxiliar designado por el comitente no concurre a la diligencia. En caso de faltar, será relevado por cualquiera de los secuestres que figuren en la lista y esté en aptitud para desempeñar el cargo en forma inmediata, como se contemplaba en la legislación anterior.

e. Se dispuso que la exclusión de la lista sería responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura. Que los jueces se dediquen a los procesos judiciales y no a cuestiones administrativas (CGP, art. 50).

f. Se estableció que siempre que un secuestre reciba sumas de dinero, deberá constituir en forma inmediata un certificado de depósito a órdenes del juzgado (CGP, arts. 51 y 52).

2.2.3.2.2. Respecto de las modificaciones que le introdujo el Código General del Proceso al régimen del secuestro, es útil destacar las siguientes:

a. En una evidente materialización del derecho constitucional a una vivienda digna, el Código puntualizó que si el inmueble está ocupado exclusivamente para la vivienda del

demandado, el juez “se lo dejará en calidad de secuestre”, a menos que el interesado solicite que se le entregue al auxiliar designado por el juez. Al fin y al cabo, la medida cautelar no tiene porqué afectar el derecho de la persona a una vivienda (CGP, art. 595, num. 3).

b. Igualmente se previó que si se trata de vehículos automotores, el funcionario que realice la diligencia deberá entregárselo en depósito gratuito al acreedor, si este lo solicita, para lo cual debió prestar, previamente, caución que garantice la conservación e integridad del bien (CGP, art. 595, num. 6, inc. 2).

Se trata de una medida que facilitará la preservación del valor económico del vehículo, afectado, en la hora actual, por toda suerte de manejos irregulares por parte de secuestres y de parqueaderos que, por cuenta de los costos del depósito, terminan impidiendo el pago al acreedor con el producto de la subasta. Es que si el bien fue objeto de medida cautelar, es para que sirva como fuente de pago de la obligación y no de los gastos del secuestro.

Es importante destacar que el depósito a favor del acreedor no quedó al arbitrio del juez o del secuestre, puesto que basta la solicitud del acreedor y la prestación de la garantía respectiva para que proceda de esa manera.

c. De modo general quedó establecido que las partes, de común acuerdo, podían “disponer que de los bienes sean dejados al

ejecutado en calidad de secuestro” (CGP, art. 595, num. 2). Ya estaba claro que los contendientes, de consuno, podían en cualquier momento, antes o después de practicada la diligencia, designar al secuestre o remplazarlo (art. 48, num. 4). Ahora se puntualizó que el ejecutado podía ser secuestre. Quien mejor que él para cuidar y conservar el bien, con las responsabilidades previstas en el artículo 52.

d. De igual manera, si lo secuestrado es un establecimiento de comercio o una empresa industrial o minera u otra distinta, el Código previó que “el factor o administrador continuará en ejercicio de sus funciones con calidad de secuestre”, sin perjuicio de que el juez, a solicitud del interesado en la medida, le entregue la administración al auxiliar.

Obsérvese que en el régimen del Código de Procedimiento Civil el secuestre asumía la administración y manejo del establecimiento de comercio. Ahora las cosas cambian porque el administrador continúa como tal, solo que como secuestre.

e. La misma regla se aplicará al secuestro de bienes destinados a un servicio público prestado por particulares. Será secuestre el encargado de manejar el bien o administrarlo.

f. Se estableció una multa significativa para el secuestre que no concurra a la diligencia. Sin perjuicio de la exclusión de la lista que puede disponer el Consejo Superior de la Judicatura (CGP,

art. 50, num. 9), el juez le impondrá una multa de 10 a 20 SMLMV (art. 595, num. 1).

g. En lo que atañe a las oposiciones al secuestro, el Código General del Proceso mantuvo la protección al tenedor y al poseedor material que ya dispensaba el Código de Procedimiento Civil.

Pero en el caso de las oposiciones del segundo de los mencionados, que es la verdadera oposición, se unificó el trámite con el que puede tener lugar en diligencias de entrega de bienes en el marco de la ejecución de una sentencia. Por eso el numeral 2 del artículo 596 se remite a esa otra actuación, regulada en el artículo 309, de cuyos mandatos destacamos que si se admite la oposición y el interesado insiste en el secuestro, el bien se dejará en manos del opositor en calidad de secuestro, para que uno y otro, dentro de los 5 días siguientes, soliciten pruebas que se relacionen con la oposición, tras lo cual el juez convocará a una audiencia en la que procederá a su recaudo y a resolver lo que corresponda. En síntesis, se cambió el trámite que le seguía a la oposición admitida.

Ahora bien, si el tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro solicita el levantamiento del embargo y secuestro, se aplicará lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 597, que mantiene el trámite de incidente (en el que, por regla, tras el traslado por 3 días debe convocarse a una audiencia de pruebas y decisión; art. 129), solo que el Código puntualizó, como lo venía señalando la jurisprudencia de los tribunales, que el

plazo de veinte (20) días para proponerlo se contaría desde “la práctica de la diligencia”, si la cautela la materializó el juez de conocimiento, pero agregó que si medió despacho comisorio ahí sí el término aludido despuntaría desde la notificación del auto que ordene agregarlo al expediente. Para el caso del tercero poseedor que estuvo presente en la diligencia pero no tuvo apoderado judicial, el plazo para pedir el levantamiento de la cautela se concretó a cinco (5) días.

Es importante llamar la atención sobre el confesado propósito del legislador de evitar que un tercero, por más que sea auxiliar de la justicia, se inmiscuya en el manejo y utilización de bienes secuestrados. En general, la idea es que para practicar el secuestro no sea necesario un secuestro de la lista de auxiliares, sino que funja como tal el demandado que ocupa el inmueble para su vivienda, o el factor o administrador de la empresa o establecimiento de comercio, o el particular encargado de prestar un servicio público con el bien afectado, o el propio ejecutado, si las dos partes lo acuerdan. Incluso, aunque intervenga un secuestro de oficio, debe procurarse que el bien quede en depósito del que lo tenga al momento de la diligencia, o del acreedor, en el caso de vehículos automotores. Estas medidas, sin duda, contribuirán a que el secuestro sea una medida cautelar efectiva.

Una cosa más: Un nuevo funcionario quedó habilitado para practicar el secuestro de vehículos automotores: el inspector de tránsito. Lo dice el parágrafo del artículo 595 del Código General del Proceso.

2.2.3.3. Características especiales de las medidas cautelares en procesos ejecutivos.

Como es apenas obvio, las medidas cautelares en el proceso ejecutivo son fundamentalmente preventivas, porque se trata de decretarlas y practicarlas sin audiencia del demandado. Ya vimos que para reforzar esta característica, el Código General del Proceso estableció que la interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada, porque todos los recursos se consideran concedidos en el efecto devolutivo, incluido, sobraría decirlo, el de reposición (CGP, art. 298).

Los embargos y secuestros pueden, entonces, solicitarse desde la presentación de la demanda y decretarse a la par con el mandamiento de pago.

Más, el Código avanzó en la tutela jurisdiccional efectiva del crédito, porque a diferencia del Código de Procedimiento Civil no condicionó el decreto cautelar a que el acreedor ejecutante prestara una caución. Al fin de cuentas, si el acreedor presenta título de

ejecución, que es plena prueba de su derecho de crédito, no tiene porqué pagar un “peaje” para hacerlo efectivo.

Así las cosas, una vez entre en vigencia el Código General del Proceso, no deberá exigirse caución al ejecutante para obtener un decreto cautelar. Y que no cause extrañeza la medida, porque esa era la regla general cuando el demandado ya había sido notificado, o cuando el ejecutivo se ocupaba de acreencias laborales y fiscales.

Sin embargo, consciente el legislador de la necesidad de proteger a la persona afectada con la medida cautelar, sea el ejecutado opositor o un tercero poseedor, previó que a petición de cualquiera de ellos el juez podía ordenarle al ejecutante que prestara caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena del levantamiento, garantía que, en cuanto a su monto, debe fijarse con miramiento en la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y –fíjese bien- en la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito. Por tanto, si esas defensas lucen atendibles, la caución debe estar cercana o ser equivalente al diez por ciento (10%); sino parecen viables el juez puede reducir el monto de la garantía. Y aunque la ley no lo dijo expresamente, la plausibilidad también debe examinarse en el caso del tercero que pide el levantamiento de la medida cautelar, porque donde existe una misma razón de hecho debe existir una misma disposición en derecho (CGP, art. 12).

Destaquemos que sólo el ejecutado que propone excepciones de mérito tiene derecho a exigir que su ejecutante preste caución. Si el ejecutado silente carece de ese derecho es porque su conducta es interpretada por la ley como aceptación de las pretensiones, en la medida en que, ante ese supuesto, el juez debe ordenar –por auto- la continuidad de la ejecución (CGP, art. 440, inc. 2). Uno y otro, entonces, se hallan en hipótesis disímiles.

Conviene señalar que esa caución a ruego del ejecutado o de un tercero no procede cuando el ejecutante sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera o una entidad de derecho público (CGP, art. 599). La excepción parece odiosa; y sin duda lo es porque por más que la calidad de la parte sugiera solvencia, esta sola suposición luce insuficiente para justificar ese trato diferencial, por lo menos frente a la institución financiera.

2.2.4. Medidas cautelares especiales en procesos de familia

Para una adecuada comprensión de las medidas cautelares que tienen cabida en los procesos de familia, es necesario recordar que el Código General del Proceso procuró unificar el régimen de cautelares en un solo libro, el cuarto, dentro del cual uno de sus

artículos, el 598, establece aquellas que proceden en los referidos juicios.

Sin embargo, como esta última disposición se concreta a cierto tipo de asuntos (nulidad de matrimonio, divorcio, etc.) y, además, en otros libros, títulos y capítulos del Código se prevén otras medidas cautelares para determinados juicios propios del derecho de familia (filiación, sucesiones, etc.), es necesario entender que la materia cautelar en procesos de familia no se agota en el libro cuarto del Código y en su artículo 598.

Ahora bien, un acercamiento al régimen de medidas cautelares establecido en el Código General del Proceso para los juicios en cuestión, nos permite hacer las siguientes distinciones:

2.2.4.1. En primer lugar, debe quedar claro que en ciertos procesos de familia son aplicables las medidas cautelares previstas en el artículo 590 del Código General del Proceso.

Por tanto, si se trata de procesos declarativos en los que se discuta directa o indirectamente –o en subsidio- un derecho real principal sobre bienes sujetos a registro, será procedente la inscripción de la demanda, o el secuestro, si se trata de cualquiera otro bien.

Es el caso, por vía de ejemplo, de la petición de herencia, o del litigio entre cónyuges o compañeros permanentes

sobre la propiedad de bienes, cuando se controvierta si estos son propios o si pertenecen a la sociedad conyugal o patrimonial, o en los casos de revocación de la donación por causa del matrimonio, o de la rescisión de una partición.

Aunque no es usual, la inscripción de la demanda también podrá decretarse en algunos asuntos de familia en los que se plantee una pretensión indemnizatoria. Es el caso de la nulidad del matrimonio civil, que puede dar lugar a la condena al pago de perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa dio lugar a la invalidez.

En esos y en otros pleitos, el juez de familia también podrá adoptar medidas cautelares discrecionales, de aquellas previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, por lo que en este aspecto nos remitimos a lo que ya se explicó.

2.2.4.2. En segundo lugar, si se trata de procesos de investigación de la paternidad, el Código General del Proceso, en un acto de inmensa justicia y de realización de mandatos constitucionales, dispuso que el juez podía decretar alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, cuando exista apariencia de buen derecho o la prueba con marcadores genéticos de ADN arroje un resultado de inclusión (art. 386, num. 5).

Se trata de un caso especial de la medida cautelar conocida como “pago provisorio”, a través de la cual el juez anticipa una determinación de la sentencia para evitar, además, la extensión del daño.

Ya iba siendo hora de que el legislador le brindara una protección especial a la persona que investiga su paternidad, dado que la demora del juicio no puede ser obstáculo para que, en el entretanto, se paguen alimentos si la pretensión tiene fundamento razonable o plausible.

Obsérvese que esta medida cautelar no está condicionada a que exista un resultado de inclusión en la prueba de ADN. Por supuesto que si esta hipótesis se da, más fácilmente se abre paso la orden de pago de alimentos provisionales. Pero el juez también puede decretar la cautela desde la admisión de la demanda y sin audiencia del demandado, cuando otros medios probatorios permitan afirmar la razonabilidad de la pretensión.

Y como las medidas cautelares son, por regla general, modificables, el juez podrá suspenderla “desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad”. Por supuesto que si la sentencia desestima la súplica de filiación, en ella misma el juez deberá disponer que tras la ejecutoria se devuelvan los alimentos pagados.

Cumple señalar que la referencia de la norma a los procesos de investigación de la paternidad, no sugiere que esos alimentos provisionales quedan descartados en los procesos de investigación de la maternidad, en los que también pueden ordenarse, bien por aplicación analógica, bien con respaldo en las medidas cautelares discrecionales que el juez puede adoptar.

2.2.4.3. En tercer lugar, cuando se trate de procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, y disolución y liquidación de sociedades patrimoniales, el Código, al igual que el estatuto que lo precedió, habilitó el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge o compañero permanente.

Pero esta medida cautelar, preparatoria de la distribución de bienes, tiene ciertas características en las que es necesario reparar:

a. Se trata de cautelas subordinadas porque su eficacia cede frente a embargos y secuestros decretados por cualquier juez en procesos de ejecución. Dicho con otras palabras, las medidas decretadas por los jueces civiles, laborales, contencioso

administrativos, o por funcionarios de jurisdicción coactivo o por los mismos jueces de familia en procesos ejecutivos, tienen prelación sobre el embargo y secuestro que un juez disponga en los referidos asuntos. Y ello es así –y debe ser así- porque las discusiones que se presenten entre los cónyuges o compañeros permanentes a propósito de su sociedad de gananciales, no pueden perjudicar el derecho de persecución que tiene todo acreedor.

Ahora bien, esa subordinación cesa en el momento en el que queda ejecutoriada la sentencia que se dicte en el proceso de nulidad, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, o de separación de cuerpos y de bienes, como lo reafirma el artículo 598, numeral 2, del Código General del Proceso, aunque con un lenguaje inverso, en cuanto señala que una vez en firme el fallo respectivo “cesará la prelación” de los embargos decretados en los procesos ejecutivos.

Precisamente para materializar la equivalencia de condiciones que se genera a partir de la ejecutoria de la sentencia, el Código General del Proceso puntualizó que el juez de familia debe comunicarle esa situación procesal al registrador para que se abstenga de inscribir nuevos embargos, salvo que se trate de una acción hipotecaria o prendaria (a esta última no se refiere el artículo 598 del CGP, pero es claro que cabe en la misma excepción).

Y no se diga que los demás acreedores quedaron desprotegidos porque a partir de esa firmeza comienzan a correr dos (2) meses para que cualquiera de los cónyuges promueva el proceso liquidatorio al que, por mandato del artículo 523 del Código General del Proceso, deberán ser citados los acreedores de la sociedad conyugal. Vencido dicho plazo el juez, aún de oficio, levantará las referidas medidas cautelares, como se prevé en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 598 de la misma codificación.

b. Aunque el embargo y secuestro decretado por un juez de familia en ese tipo de asuntos llegue a cancelarse por cuenta de la prevalencia decretada por el juez de la ejecución, el legislador procesal presume que los remanentes y los bienes que se llegaren a desembargar en el proceso ejecutivo quedan embargados por el juez de familia cuyas medidas se cancelaron.

Por tanto, no es necesario que la parte interesada pida ese embargo de remanentes, ni que el juez lo decrete. El juez de la ejecución cuya medida primó, debe considerar que los remanentes quedan embargados por cuenta del juez de familia y del proceso respectivo, a menos que previamente un tercero acreedor ya hubiere embargado los remanentes.

c. Si como consecuencia de la sentencia debe liquidarse la sociedad conyugal o patrimonial, las medidas cautelares, continúan vigentes. Sin embargo, como ya se anticipó, si dentro de los dos (2) meses siguientes a la firmeza del fallo no se ha promovido la liquidación de la respectiva sociedad, las medidas cautelares deben levantarse, aún de oficio.

Destaquemos que el Código, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, no supeditó la vigencia a que en el proceso liquidatorio se hubieren hecho las notificaciones del auto admisorio de la demanda y las publicaciones respectivas. En adelante bastará que se promueva la liquidación para que las cautelas sigan vigentes.

2.2.4.4. En cuarto lugar, si se trata de procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso o separación de cuerpos, el juez de familia puede adoptar, si lo considera conveniente, las siguientes medidas cautelares (art. 598, num. 5):

- a. La residencia separada de los cónyuges.
- b. Si los cónyuges son menores de edad, su depósito en casa de los padres, parientes próximos o de un tercero.
- c. Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero.

d. Fijar la suma de dinero con la que cada cónyuge debe contribuir para los gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos.

Aunque la norma solo refiere como criterio la capacidad económica de cada cónyuge, el juez de familia, al momento de fijar los alimentos provisionales, debe remitirse al numeral primero del artículo 397 del CGP, en el que se precisa que además de la prueba de dicha capacidad, así sea en forma sumaria, cuando se pretenda señalar una suma superior a un salario mínimo mensual legal vigente también deberá acreditarse la cuantía de las necesidades del alimentario.

De esta manera el Código estableció un criterio objetivo para la fijación de los alimentos, quedando sin piso los manejos subjetivos que en ocasiones se le daba a ese tema.

e. Si la mujer está embarazada, decretar las medidas necesarias para evitar la suposición del parto.

En este punto es necesario precisar que el Código General del Proceso derogó, a partir de la fecha en que entren a regir todas sus normas, los artículos 225 a 230 del Código Civil, en los que se establecían cuales eran las medidas que podían adoptar los jueces a petición del marido, cuando la mujer recién separada denunciaba su estado de embarazo. Esas medidas consistían en someterla a “exámenes competentes de médicos a fin de verificar el

estado de embarazo” (C.C., art. 226), o que se adoptaran ciertas precauciones (permitir su inspección y vigilancia personal, o disponer que la mujer mudara de habitación; art. 228, ib.), las cuales se consideró vejatorias de la mujer.

Sin embargo, a esa derogatoria de las medidas específicas no le sigue que el juez no pueda decretar cualquiera que sea necesaria para evitar la suposición del parto, dada la incidencia que este hecho tiene en la paternidad y maternidad.

f. Ordenar el embargo y secuestro de los bienes sociales y de los propios del respectivo cónyuge, con el fin de garantizar el pago de alimentos.

g. Cualquier otra medida cautelar que sea necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos.

2.2.4.5. En quinto lugar, si se trata de un proceso de alimentos, desde la presentación de la demanda el juez puede fijar alimentos provisionales, como lo establecen los artículos 397, numeral 1, y 598, numerales 5 –lit. c)- y 6 del CGP, y en garantía de su pago también podrá ordenarse el embargo y secuestro de los bienes sociales y propios, como recién se acotó.

En adición, el juez le dará aviso a las autoridades de emigración para que el demandado no pueda ausentarse del país, a

menos que preste garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación hasta por dos (2) años.

2.2.4.6. En sexto lugar, el Código General del Proceso estableció una cláusula cautelar de carácter general en asuntos de familia, al prever que en ese tipo de pleitos los jueces pueden actuar de oficio “en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad” (art. 598, num. 5, lit. f).

Se trata de una autorización generosa otorgada a los jueces, quienes tienen el deber constitucional y legal de brindarle protección a los niños, cuyos derechos prevalecen sobre los de las demás personas, así como a otros sujetos que merecen y deben recibir una tutela especial, como el discapacitado mental y el adulto mayor.

A diferencia de los casos anteriores, la norma parece discutible en cuanto hace referencia a la pareja, respecto de la cual los jueces también pueden adoptar medidas especiales de protección. Más allá del tipo de cautelas que los jueces podrían disponer, lo que llama la atención es que, salvo el caso de cónyuges menores de edad, no luce apropiado que un juez pueda inmiscuirse en la intimidad de la pareja, la cual, como es sabido, goza de especial resguardo constitucional.

En todo caso, debemos resaltar que este poder cautelar entronca con el rompimiento del principio de congruencia en asuntos de familia, en los que el juez podrá fallar ultra-petita y extra-petita cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole, según lo establece el parágrafo primero del artículo 281 del Código General del Proceso.

2.2.4.7. En séptimo lugar, si se trata de procesos de interdicción de persona con discapacidad mental absoluta o de inhabilitación de persona con discapacidad mental relativa, regulados en los artículos 586 y 396 del Código General del Proceso, en el auto admisorio de la demanda o en el curso de la primera instancia el juez puede decretar la interdicción provisoria o la inhabilitación provisional del discapacitado, según el caso, amén de cualquier otra medida que juzgue necesaria para su tutela, al amparo de la cláusula general a la que se hizo alusión.

2.2.4.8. Finalmente, en los procesos de sucesión el Código mantuvo, en líneas generales, el régimen de cautelas que establecía el Código de Procedimiento Civil, con las siguientes precisiones:

a. Respecto de la guarda y aposición de sellos, se eliminó la exigencia de precisar los bienes sobre los cuales recaerá la medida.

También se estableció que esa cautela se levanta definitivamente si dentro de los 10 días siguientes no se promueve el proceso de sucesión, a menos que se haya solicitado el secuestro, el cual, en el régimen anterior, era decretado directamente por el juez.

b. Los embargos y secuestros dejaron de ser provisionales. La circunstancia de poderse decretar aún antes de la apertura del proceso de sucesión, no justificaba esa especial calificación.

Pero además, se legitimó al compañero permanente del causante para pedir esas cautelas, y se permitió el secuestro de los bienes que formen parte del haber social que estén en cabeza del cónyuge o compañero permanente (CGP, art. 480). Recordemos que bajo el Código de Procedimiento Civil, los bienes sociales en cabeza del cónyuge o compañero permanente solo podían ser embargados.

c. En el régimen anterior, la medida cautelar tenía que consumarse para que el cónyuge o compañero sobreviviente pudiera discutir, a través de incidente, que los bienes eran propios. Frente a esta situación, el Código estableció un deber de abstención para el juez porque si se le demuestra que las medidas decretadas

recaen sobre bienes propios, debe negarse a practicarlas y, consecuentemente, levantarlas. Sólo si ya han sido practicadas, el interesado debe promover el incidente respectivo.

d. Se amplió la posibilidad de decretar el embargo y secuestro después de iniciar el proceso de sucesión, puesto que bajo el Código de Procedimiento Civil la aprobación del inventario se erigía como frontera, mientras que bajo el Código General del Proceso ese límite lo marca la sentencia aprobatoria de la partición.

De esta manera se le brinda mayor protección al patrimonio objeto de liquidación.

2.2.5. Aspectos comunes al régimen de embargos y secuestros en cualquier clase de proceso

Tres temas deben ser analizados en este momento, por ser comunes a los procesos en los que se decreten embargos y secuestros.

2.2.5.1. La reducción de embargos y secuestros

En este punto se destaca que el Código General del Proceso no condicionó la contracción de esas cautelas a que se hubiere practicado el avalúo de los bienes, como lo precisaba el artículo 517 del CPC. Bajo el nuevo estatuto esa reducción procede

en cualquier estado del proceso, después de consumados los embargos y secuestros, para lo cual el juzgador, aún de oficio y tras escuchar las explicaciones de las partes, puede remitirse a facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro, recibos de pago de impuesto predial o cualquiera otro documento oficial que se le aporte por el interesado o que obre en el expediente (CGP, art. 600).

2.2.5.2. La sustitución de cautela

Dos eventos despuntan en materia de sustitución de medidas cautelares: el que concierne a los bienes que serán embargados y secuestrados, y el que atañe a la consignación para impedir su materialización o para levantarlas.

a. En cuanto al primero, el Código le permitió al ejecutado evitar que se le embarguen y secuestren determinados bienes (salvo en los casos en que el embargo se fundamente en una garantía real), ofreciendo otros. Pero este derecho exige que el demandado aporte una “relación de bienes de su propiedad e ingresos” para que el juez, previo traslado al ejecutante, determine cuáles bienes afecta en sustitución de los denunciados en la demanda (CGP, art. 599, párrafo).

Aunque esta disposición quedó engastada en un párrafo del artículo que gobierna las medidas cautelares en

procesos ejecutivos, nada obsta para aplicarla en cualquier tipo de proceso en el que se ordenen esas cautelas. Basta remitirse al artículo 12 del Código para solventar fácilmente cualquier inquietud.

b. En lo que respecta al segundo evento, esto es, la consignación para impedir o levantar embargos o secuestros, recordemos que el Código de Procedimiento Civil, en su versión original (art. 519), distinguía entre la hipótesis de cautelas no practicadas y aquella otra de las ya consumadas. Hoy ya es claro que la diferencia es innecesaria, por lo que el Código General del Proceso, en cualquier caso, prevé que las cautelas pueden no practicarse o levantarse si el ejecutado presta caución por el valor actual de la ejecución (crédito y costas) aumentada en un cincuenta por ciento (50%) (art. 602).

2.2.5.3. El levantamiento del embargo y secuestro

En líneas generales, el Código General del Proceso mantiene los casos en los que deberán levantarse los embargos y secuestros, ya previstos en el Código que reemplaza. Esas hipótesis se remiten, en general, a la solicitud de quien pidió la medida; a la terminación anormal del proceso; a la sentencia que desestima las pretensiones; a la no pertenencia del bien al demandado, bien

porque no es el propietario, ora porque un poseedor lo detenta, y a la contracautela.

Pero el Código sí hizo importantes modificaciones que se destacan en el artículo 597:

a. La primera, que en los procesos de sucesión se habilitó al compañero permanente para solicitar, junto con los herederos, el levantamiento de los embargos y secuestros (num. 1).

b. La segunda, que estableció una caducidad de la cautela cuando el demandante en proceso declarativo no formula la solicitud de ejecución de la condena impuesta en la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria (num. 6).

c. La tercera, que precisó los plazos para promover el incidente de desembargo soportado en posesión material, como quedó visto en párrafos precedentes (num. 8).

Basta agregar que a partir de la vigencia del Código, el tercero incidental no deberá prestar caución para garantizar el pago de las costas y de la multa, con lo cual se facilitó el acceso a la administración de justicia.

d. La cuarta, que incorporó el evento previsto en el artículo 88 del Decreto 1778 de 1994 –norma cuya vigencia era bastante cuestionable-.

Dispuso el Código en el numeral 10 del artículo 597 que pasados cinco (5) años a partir de la inscripción de una medida cautelar (puede ser un registro de demanda o un embargo), si el expediente del proceso en el que se decretó no es hallado, el juez fijará un aviso en la secretaría del juzgado por el término de veinte (20) días para que los interesados puedan hacer valer sus derechos, vencidos los cuales resolverá lo pertinente.

Consideramos que este procedimiento puede ser impulsado de oficio por el juez o a petición de parte, sin que sea necesario adelantar la reconstrucción del expediente.

e. La quinta, que previó un novísimo caso de levantamiento de embargo sobre recursos públicos, cuando la medida provoque “insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado” (num. 11).

Si bien es cierto que, por regla general, los recursos públicos son inembargables, en determinados eventos pueden ser objeto de cautela, como por ejemplo las transferencias de la nación a los municipios, pero sólo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas. Sin embargo, si como resultado del embargo se configura una situación fiscal o presupuestalmente insostenible, el juez deberá levantar la medida, porque debe primar el interés general sobre el particular.

Y para hacer efectivo ese levantamiento, se legitimó al Procurador General de la Nación, al Ministerio del respectivo ramo, al Alcalde, al Gobernador y al Director de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

2.3. DE LOS BIENES INEMBARGABLES

Es asunto averiguado que el derecho de persecución que toda obligación personal le otorga al acreedor tiene como límite principal los bienes no embargables previstos en la ley, los cuales, como se sabe, fueron previstos inicialmente en el artículo 1677 del Código Civil, que es una disposición relativa al pago por cesión de bienes “o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores” regulada en el capítulo IX del título 14 del libro 4 de esa codificación.

El Código General del Proceso quiso agrupar en una sola norma los bienes que no podían ser embargados, pero dejó a salvo la posibilidad de que otras disposiciones, comenzando por la propia Constitución Política, previeran casos especiales de inembargabilidad. Así lo establece el artículo 594, en el que, además, se hicieron ciertas precisiones en las que debemos reparar.

En general, los bienes inembargables pueden ser agrupados en los siguientes términos:

a. Los relativos a bienes sobre los cuales existe un interés general o público. Bajo este concepto, no podrán ser objeto de embargo los siguientes bienes:

- Los bienes de uso público (num. 3)
- Los bienes, las rentas y los recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación (num. 1)
- Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de cualquier entidad territorial (num. 1)
- Los recursos que se encuentren en las cuentas del sistema general de participación (num. 1)
- Los recursos de las regalías (num. 1)
- Los recursos de la seguridad social, incluidos, sobraría decirlo pero debe hacerse, los que corresponden a salud (num. 1)
- Los recursos de los municipios originados en transferencias de la Nación (num. 4)

La única excepción en este específico caso se presenta cuando se trata del cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados a propósito de la ejecución de los recursos transferidos.

- Las sumas que se hayan anticipado o deban anticiparse a los contratistas por cualquier entidad de derecho público para la construcción de obras públicas (num. 5).

Sin embargo, esta inembargabilidad es temporal porque solo tiene lugar mientras no hubiere concluido la respectiva construcción. Pero además, esa restricción cautelar no puede ser enarbolada frente a los trabajadores de dichas obras, quienes podrán embargar los respectivos anticipos en cualquier momento, para hacer efectivo su derecho al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

- Los bienes destinados a un servicio público, cuando se preste directamente por una entidad descentralizada del orden nacional, departamental o municipal, lo mismo que cuando esa prestación tiene lugar por medio de concesionario (num. 3)

Empero, en relación con los ingresos brutos que genere el respectivo servicio público, pueden embargarse hasta la tercera parte, sin que el total de embargos pueda exceder dicho porcentaje.

Desde luego que si el servicio público lo presta un particular, no solo pueden embargarse los bienes destinados a él, sino los ingresos brutos, precisión que era necesario hacer, como se hizo en el numeral 3 del artículo 594 del CGP, para que no quedar duda.

- Las rentas brutas de las entidades territoriales pero limitadas a las dos terceras partes (num. 16).

- Los uniformes y equipos de los militares (num. 8).

Recordemos, en todos los casos, que la Corte Constitucional levantó la inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto general cuando se trate de créditos laborales (Sentencia C-546 de 1992, reiterada en las sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, C-354 de 1997, C-402 de 1997, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y C-1154 de 2008. En este último fallo, la Corte declaró “**EXEQUIBLE**, en lo acusado, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses [hoy 1 año], contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica.”), y que transcurrido el plazo de un (1) año (o 10 meses, en ciertos eventos) previsto en los artículos 192, 298 y 299 del CPACA, también es procedente embargar los bienes de la entidad pública morosa (Sentencia C-354 de 1997, en la que la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996, “bajo el entendido de que los

créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses [ahora 1 año] después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”. Este criterio fue reiterado en las sentencias C-402 de 1997, C-793 de 2002 y C-192 de 2005, entre otras), aunque por mandato del parágrafo 2º del artículo 195 de esta última codificación, los montos asignados en el presupuesto para sentencias y conciliación son inembargables.

b. Los necesarios para garantizar una vida digna y un mínimo vital. Con estos miramientos, son inembargables los siguientes bienes:

- Los salarios y prestaciones sociales (num. 6), en la proporción señalada por el Código Sustantivo del Trabajo, de cuyos artículos 154 a 156 y 344-2 se deduce que (1) el salario mínimo legal o convencional es inembargable; (2) sólo podrá cautelarse el excedente de ese monto, pero en una quinta parte; (3) el salario y las prestaciones sociales pueden ser embargados por cuenta de acreedores de alimentos o de Cooperativas, pero hasta en un cincuenta por ciento (50%), acumulados, claro está, todos los embargos que concurran.

Este es el régimen general respecto de salarios y prestaciones, que no perjudica disposiciones especiales sobre la materia, respecto de ciertos servicios públicos. Y como dichos salarios y prestaciones han podido enajenarse, se precisó que esa inembargabilidad es subjetiva y no objetiva, por lo que está en función del trabajador y no del cesionario.

- El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez (num. 2)

- Los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia (num. 11)

Se exceptúan de la inembargabilidad los bienes suntuarios de alto valor, lo mismo que la hipótesis de cobro por parte del acreedor que otorgó el crédito para la adquisición del respectivo bien.

- Los derechos de uso y habitación (num. 14) regulados en los artículos 870 y ss del Código Civil, los cuales están vinculados estrechamente a las necesidades personales del usuario o del habitador.

- Los derechos personalísimos e intransferibles (num. 3).

c. Los bienes concernientes al buen nombre y al ejercicio de ciertas profesiones.

Son, por tanto, inembargables, las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios (num. 7).

d. Los que guardan relación con la protección debida a la libertad de cultos.

Por esta razón son inembargables los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos (num. 9) y los bienes destinados al culto religioso (num 10).

Sobre este último aspecto el Código hizo una importante precisión al señalar que esa especial protección sólo se concedía respecto de las confesiones o iglesias que hayan suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado Colombiano, para lo cual será necesario remitirse a la Ley 133 de 1994, que desarrolló el derecho de libertad religiosa y de cultos.

No se trata de una norma que le otorgue un privilegio especial a ciertas confesiones o iglesias, sino de reconocer que la inembargabilidad no se genera por el solo hecho de que una persona destine un bien al culto de su propia creencia, o para la de unos determinados feligreses. Claro está que el derecho de libertad religiosa y de cultos, comprende el derecho de establecer lugares de

culto y de ejercer libremente su propio ministerio, pero la decisión individual no parece suficiente para hacer inembargable un bien.

e. Los bienes estrechamente vinculados con el derecho al trabajo, grupo dentro del cual puede incluirse la ya referida inembargabilidad de los salarios y de las prestaciones sociales, en la proporción prevista en las leyes respectivas, lo mismo que de los utensilios y muebles necesarios para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien, o se trate de un objeto de lujo que, además, tenga un alto valor económico (num. 11)

f. Los bienes destinados al ahorro, por lo que de tiempo atrás no pueden ser objeto de embargo los depósitos que con ese específico propósito sean constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto fijado por las autoridades financieras.

Y como existe una protección especial al crédito alimentario, se precisa que esos dineros sí podrán ser cautelados por los acreedores respectivos, sin miramiento alguno.

g. Aquellos bienes que posibilitan la dimensión tecnológica del ser humano, como el computador personal o el equipo que haga sus veces, el televisor, el radio y, en general, los elementos indispensables para la comunicación de la persona.

Se trata, en adición, de proteger el derecho a la intimidad, dada la relevancia que tienen esos equipos en el manejo de datos, e igualmente de materializar el derecho a la información, e incluso el derecho al trabajo, todos ellos de especial connotación constitucional.

Resta decir que la hipótesis prevista en el numeral 15 del artículo 594 del Código General del Proceso no corresponde, en estricto, a un caso de inembargabilidad, puesto que los bienes o mercancías incorporadas en un título-valor sí son embargables, solo que para practicar el embargo, a través del secuestro, es necesaria la aprehensión del respectivo título. Con otras palabras, como en materia de títulos-valores representativos de mercaderías todo negocio jurídico debe realizarse alrededor del documento que las incorpora, tampoco es posible practicar una medida cautelar sobre los bienes sin parar mientes en el título, el cual, por ende, debe ser entregado a quien funja como secuestre.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

- Elabore cuadros sinópticos en los que se precisen las medidas cautelares que proceden en los procesos declarativos, ejecutivos y de familia, según la regulación del Código General del Proceso.
- Determine casos prácticos en los que sería procedente decretar una medida cautelar discrecional.
- Establezca y caracterice una medida cautelar innominada.
- Precise las diferencias que existen entre la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro.
- Elabore sendos mapas conceptuales sobre cada una de las medidas cautelares permitidas en el Código General del Proceso.

Ae

AUTOEVALUACION

- El propietario y el arrendatario de una casa de habitación demandan al constructor del edificio colindante, actualmente en fase de excavación, para que los indemnice por los daños causados al inmueble, el cual presenta grietas evidentes e inclinación hacia el costado del predio sobre el cual se levanta la construcción.

¿Qué medidas cautelares podrían decretarse por solicitud de los demandantes?

¿Si el arrendatario demandante le solicitara a Usted que le ordenara al demandado asumir el costo de un arrendamiento mientras se adelanta el proceso y se culminan las obras de reparación, decretaría la medida? Justifique.

¿Variaría su decisión si el constructor demandado fuera una sociedad que hace parte de un grupo financiero?

¿Si el demandado aceptara parcialmente su responsabilidad, concedería Usted, a petición de los demandantes, un pago provisorio?

- En un proceso declarativo en el que se pide la resolución de un contrato, se decreta y materializa una inscripción de la demanda sobre el inmueble que fue objeto de venta, el cual ya soportaba una hipoteca. Con posterioridad se registra un embargo ordenado en el marco de una ejecución adelantada con fundamento en ese gravamen real. Días después se inscribe otra demanda, con ocasión de un proceso de pertenencia. Al cabo de un tiempo se inscribe la adjudicación que se le hizo al acreedor hipotecario en la diligencia de remate y, pocos meses después, se hace anotación de la sentencia que declara la pertenencia.

¿Qué anotaciones cancelaría Usted como secuela de este fallo judicial? Justifique

- ¿Qué medidas cautelares oficiosas para proteger a una pareja, adoptaría Usted en un proceso de divorcio fincado en el incumplimiento de los deberes del marido que, por razón de un concurso de méritos, aceptó sin consultar con su cónyuge un cargo público en una sede lejana a la residencia común?

- ¿Cree Usted que es viable decretar una inscripción de demanda sobre cualquier bien de propiedad del demandado, en un proceso declarativo en el que se persiga la resolución de un contrato de compraventa de un vehículo automotor?
- ¿En qué casos y bajo qué condiciones son subordinados los embargos y secuestros practicados en procesos de familia?

B

BIBLIOGRAFIA

FORERO SILVA, JORGE, *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*, Temis – Javeriana, Bogotá, 2013.

PARRA QUIJANO, JAIRO, *Medidas cautelares innominadas*, Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, 2013, pp. 299 a 318.

ROJAS GOMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *Lecciones de derecho procesal. Procedimiento civil*, Esaju, Bogotá, 2013, t. 2, pps. 435 a 451.

CALAMDREI, PIERO, *Las providencias cautelares*, Leyer, Bogotá, 2008.

MORA GUEVARA. NELSON R, *Procesos de ejecución*, Temis, Bogotá, 1985, t. 1, pp. 305 a 355.

BEJARANO GUZMAN, RAMIRO, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, Temis, Bogotá, 2011, pp. 62-76.

CAPITULO 3

EL REGIMEN DE LAS CAUCIONES

EN EL CODIGO GENERAL

DEL PROCESO

Og

OBJETIVO GENERAL DEL CAPITULO

Conocer el régimen general de las cauciones procesales, como garantías especiales que determinan ciertos actos procesales, con énfasis en su función como contracautela, así como las novedades que introdujo en la materia el Código General del Proceso.

Oe

OBJETIVOS ESPECIFICOS DEL CAPITULO

- Conocer el marco teórico de las cauciones, para superar su concepción meramente instrumental.
- Identificar las modificaciones que introdujo el Código General del proceso al sistema de cauciones.
- Relacionar el tema de las cauciones con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. PLANTEAMIENTO

No pretendemos agotar el tema de la caución, que tiene una inmensa riqueza sustancial y un innegable desarrollo procesal. Simplemente aspiramos a resaltar algunos de los aspectos más relevantes que ofrece el Código General del Proceso sobre el régimen de las cauciones.

Por cierto que dicho asunto no se agota en el título 2 del libro 4 del Código General del Proceso, más concretamente en sus artículos 603 y 604, puesto que en muchas otras disposiciones de esa codificación se hace una que otra referencia al tema, como puede verse en las normas sobre auxiliares de la justicia (art. 48 y 50), los efectos del recurso de casación (art. 341), la regulación del proceso de restitución de inmueble arrendado (art. 384) y de la herencia yacente (art. 483), entre otras.

3.2. CONCEPTO Y CLASES DE CAUCIONES

Una buena definición de caución es la que trae el Código Civil, cuyo artículo 65 entiende por tal “cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”, siendo especies de ella la fianza, la hipoteca y la prenda.

En materia procesal las cauciones también constituyen una garantía que se impone a una de las partes para seguridad de la otra,

llamada a cumplir la función de medida cautelar propiamente dicha o de contracautela.

Ejemplo de la primera finalidad es la caución que los jueces pueden imponerle al infractor de una marca o de una patente, o la que tiene cabida en ciertas acciones populares. En estos casos, su constitución está directamente vinculada con uno de los objetivos de las medidas cautelares en general, como se explicó en el capítulo primero.

Ilustra la segunda función la garantía que el ejecutado debe prestar para evitar que se practiquen embargos y secuestros, o solicitar el levantamiento de los practicados. En estos eventos la caución opera como una típica contracautela, ligada a la necesidad de respaldar el derecho en discusión.

Destaquemos desde ya que las contracautelas pueden tener, a su vez, dos designios: el más reconocido, que corresponde al resguardo de los perjuicios que se puedan causar con la práctica de una medida cautelar, y un segundo que atañe a la sustitución o remplazo de una medida cautelar previa.

El Código General del Proceso clasifica las cauciones en los siguientes términos:

- a. Reales, como las cauciones hipotecaria y prendaria.

En estos casos la garantía debe otorgarse a favor del respectivo juzgado o tribunal para que, si fuere el caso, el juez o

magistrado la haga efectiva y proceda al pago de la prestación debida.

Es importante resaltar que en el caso de las cauciones prendarias los jueces deben reparar en las disposiciones de la ley 1676 de 2013, vigente a partir del 20 de febrero de 2014, cuyos artículos 2 y 3 precisan que esa normatividad es “aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles”, y que “el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, ..., cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley”.

Sólo cuando la caución procesal recaiga sobre títulos-valores, dinero, bienes muebles susceptibles de hipoteca y determinados valores intermediados e instrumentos financieros, no será aplicable la referida ley de garantías mobiliarias.

Lo que sí debe resaltarse es que la caución procesal prendaria siempre será con tenencia, por lo que el juez debe ordenar el depósito en un establecimiento especializado o el secuestro.

- b. Bancarias y otorgadas por compañías de seguro.

En estos casos, la respectiva garantía debe expedirse por el establecimiento bancario correspondiente o la aseguradora respectiva, con apego a las exigencias de la ley sustancial aplicable.

- c. Dinerarias.

Las cauciones en dinero deben consignarse, por regla general, en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho, aunque en determinados casos el propio legislador, como corresponde, autoriza constituir con los recursos afectados un certificado de depósito en un establecimiento bancario.

- d. Documentales, como los títulos de deuda pública, los certificados de depósito a término o cualquiera otro documento similar constituido en una entidad financiera.

3. PROCEDIMIENTO

En el régimen de cauciones es necesario distinguir varias fases claramente distinguidas en los artículos 603 y 604 del Código General del Proceso, a saber:

- a. Ordenación, que es una etapa judicial, por cuanto el juez o magistrado debe disponer que se preste la garantía respectiva, bien por requerimiento legal u ofrecimiento de parte, según el caso.

En la providencia que ordene prestarla, el juez debe indicar su cuantía y el plazo en que debe constituirse, salvo que la ley lo señale.

b. Constitución, que es una etapa extrajudicial y de parte, toda vez que es al interesado en ella a quien le corresponde el otorgamiento, con atención en las exigencias de la garantía que presta y los requerimientos del juez.

c. Calificación, como etapa judicial, dado que una vez prestada el juez debe evaluar la suficiencia de la caución, bien para aceptarla, bien para rechazarla.

d. Cancelación, la cual debe disponer el juez una vez extinguido el riesgo amparado o cumplida la obligación afianzada, o consignado el valor de la caución a órdenes del juez.

4. NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRACAUTELAS

En este punto resaltaremos algunas de las más saltantes modificaciones introducidas por el Código General del Proceso en materia de contracautelas:

a. Contracautelas para decretar medidas cautelares:

Como se sabe, en el Código de Procedimiento Civil el decreto cautelar debía estar precedido, en línea de principio rector,

por una caución oportunamente prestada. En contadas excepciones el juez podía decretar medidas cautelares sin garantía previa.

El Código General del Proceso mantiene esa función de la contracautela en los procesos declarativos como se aprecia en el numeral 2 del artículo 590, en cuanto condiciona el decreto de la medida a que el demandante preste caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica, sin perjuicio de que el juez pueda fijar un monto superior, cuando lo considere razonable.

Por el contrario, el Código eliminó la caución como contracautela para decretar medidas cautelares en los procesos ejecutivos, como quedó visto.

b. Contracautelas para mantener la vigencia de una medida cautelar.

Novedoso en el Código General del Proceso es la hipótesis regulada en el inciso 5 del artículo 599, norma según la cual “en los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante presta caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so

pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene... para establecer el monto de la caución el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.”

Destaquemos, entonces, que en este caso la caución, en función de contracautela, no determina el decreto cautelar sino la vigencia de la medida; que debe ser exigida por la parte o tercero cuyo patrimonio ha sido afectado; que el legislador no manejó un criterio objetivo para determinar su monto, sino que fijó un tope, de forma tal que el juez, con miramiento en la clase de bienes y en la apariencia de buen derecho alegado por quien reclama la garantía (ejecutado o tercero opositor), establecerá su cuantía; y que el derecho a exigir contracautela no tiene lugar cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.

c. Contracautelas para impedir o levantar medidas cautelares.

-. Un primer caso, como se recordará, era el previsto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, en su versión original, que regulaba dos hipótesis de levantamiento de embargos y

secuestros dependiendo del momento en el que se formulaba la petición por parte del interesado: antes o después de practicadas las cautelas.

El artículo 602 del Código General del Proceso eliminó definitivamente esa distinción, al señalar que el ejecutado puede evitar que se practiquen embargos y secuestros sobre su patrimonio, o solicitar el levantamiento de los que ya hubieren sido practicados, si presta caución por el valor actual de la pretensión ejecutiva incrementada en un cincuenta por ciento (50%), incluidas claro está las costas procesales, porque la norma hizo referencia genérica al “valor actual de la ejecución”.

Esa caución no necesariamente es dineraria; puede ser real, documental, bancaria o de compañía de seguros.

- Un segundo caso de contracautela para impedir medidas cautelares es el regulado en el artículo 590 para procesos declarativos, cuyo texto ofrece dos particularidades frente al régimen del Código de Procedimiento Civil en procesos ordinarios: la primera, que la caución sólo puede ofrecerla el demandado cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias o económicas, como en los casos de responsabilidad civil contractual o extracontractual; la segunda, que no es posible prestar caución, cuando la medida cautelar procura anticipar materialmente el fallo, como en ciertos eventos de competencia desleal.

d. Eliminación de contracautelas para adelantar el recurso de revisión.

El Código General del Proceso, al regular el recurso extraordinario de revisión, no condicionó la admisibilidad de la demanda a que el recurrente prestara caución, como sí lo hacía el Código de Procedimiento Civil. Basta leer el artículo 358 del nuevo estatuto para concluir que si la Corte o el tribunal encuentra reunidos los requisitos relativos al término para interponer el recurso y su formulación, solicitará el expediente al juzgado en el que se encuentre, para, una vez recibido, admitir la demanda y hacer pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitadas. En parte alguna se estableció la caución como requisito.

Sin embargo, en el inciso final del artículo 359 se dispuso que, “si se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente, y para su pago se hará efectiva la caución prestada.” Esta última referencia a la caución no puede entenderse, en modo alguno, como expresión inequívoca de que se mantuvo la garantía como requisito de admisibilidad, toda vez que, se insiste, el artículo 358 no la establece como exigencia, por lo que esa mención resulta superflua en cuanto obedece a una reiteración de la norma del Código de Procedimiento Civil.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

- Elabore un resumen sobre la aplicación del concepto de caución, tanto como medida cautelar como contracautela, en los procesos ejecutivos regulados por el Código General del Proceso.
- Elabore un mapa conceptual sobre las principales modificaciones que introdujo el Código General del Proceso al régimen de las cauciones.

Ae

AUTOEVALUACION

- ¿Qué es una contracautela?
- Establezca varios casos en los que la caución cumpla función de medida cautelar.
- Determine varios casos en los que la caución condicione la realización de un acto procesal.

B

BIBLIOGRAFIA

LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Dupre, Bogotá, 2012, t. 1, pp. 1097 a 1102.

ROJAS GOMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *Lecciones de derecho procesal. Procedimiento civil*, Esaju, Bogotá, 2013, t. 2, pp. 451-456.

