

22



LAS MEDIDAS CAUTELARES

PURA DE LA CRUZ OLIVEROS
ESPERANZA PINILLA PINILLA

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1994

LAS MEDIDAS CAUTELARES

PURA DE LA CRUZ OLIVEROS
ESPERANZA PINILLA PINILLA

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de ABOGADO.

Director de Tesis : ANTONIO SPIRKO

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1994

Barranquilla, Septiembre 12 de 1.994

Doctor
CARLOS LLANOS
Decano Facultad de Derecho
E. S. D.

Apreciado doctor:

En mi carácter de Director de Tesis, del Trabajo presentado por los Egresados PURA DE LA CRUZ OLIVEROS y ESPERANZA PINILLA PINILLA, intitulado "LAS MEDIDAS CAUTELARES", emito con cepto favorable sobre el mismo.

Por lo tanto considero que la Tesis reúne los requisitos académicos que la Facultad exige para optar al título de Abogado.

Atentamente,


ANTONIO SPIRKO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR	:	Dr. JORGE ARTEL
SECRETARIO GENERAL	:	Dr. RAFAEL BOLAÑOS M.
DECANO	:	Dr. CARLOS LLANOS
PRESIDENTE DE TESIS	:	ANTONIO SPIRKO

BARRANQUILLA

1994

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Octubre de 1994

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

- A1 Doctor Carlos Llanos Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho.
- A1 Doctor Antonio Spirko, Asesor del presente Trabajo, por su ayuda y colaboración prestadas.
- A : la Universidad "Simón Bolívar".
- A todas aquellas personas que de una u otra forma hicieron posible la realización del presente Trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
0. INTRODUCCION	1
0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
0.2. DELIMITACIONES	6
0.2.1. Presentación del tema	6
0.2.2. Delimitación geográfica	7
0.2.3. Delimitación temporal	7
0.2.4. Duración del trabajo	8
0.3. JUSTIFICACION	8
0.3.1. Finalidad	9
0.4. OBJETIVOS	10
0.4.1. Objetivo general	10
0.4.2. Objetivos específicos	10
0.5. MARCO TEORICO	11
0.5.1. Reseña histórica	11
0.6. METODOLOGIA	16
0.6.1. Tipo de estudio	16
0.6.2. Técnicas	16
0.6.3. Método	16
0.7. HIPOTESIS	17

1. IDEAS GENERALES	20
1.1. NOCION	22
1.2. NATURALEZA JURIDICA	23
1.3. FINALIDAD	24
1.4. CARACTERISTICAS	26
1.5. CLASES	27
2. REQUISITOS	30
2.1. UN PRESUMIBLE DERECHO	30
2.2. PELIGRO ACTUAL	31
2.3. URGENCIA DE LA MEDIDA	32
2.4. FORMA DE SOLICITARLA	33
2.4.1. Solicitud formal	33
2.4.2. Vías de hecho	33
2.5. CONTRACAUTELA	34
3. CAUTELAS PERSONALES EN PRO DE INCAPACES	36
3.1. DERECHO QUE LAS SANCIONA	37
3.2. PROCEDIMIENTO	39
3.3. COMPETENCIA	40
4. CAUTELAS PERSONALES EN FAVOR DE CAPACES	42
4.1. DERECHOS QUE LAS SANCIONA	42
4.2. CLASES	42
4.3. PROCEDIMIENTO	46
4.4. COMPETENCIA	47
5. EL SECUESTRO DE BIENES	48

5.1.	EL SECUESTRO CAUTELAR PREVIO PREVENTIVO	50
5.2.	SECUESTRO DE BIENES SUJETOS A REGISTRO	53
5.3.	PARTICULARIDADES DEL SECUESTRO CASOS EN QUE SE AUTORIZA	55
5.3.1.	Forma de solicitarlo	60
6.	MEDIDAS CAUTELARES EN NORMAS DE PROCEDIMIENTO CI- VIL	64
6.1.	NOCION	64
6.2.	INSCRIPCION DE LA DEMANDA	65
6.2.1.	Casos en que procede	65
6.2.2.	Oportunidad y trámite	68
6.2.3.	Requisitos	69
6.2.4.	Efectos	71
6.2.5.	Cancelación	71
7.	EL EMBARGO	74
7.1.	NOCION	74
7.2.	NATURALEZA JURIDICA	75
7.2.1.	Bienes sujetos a embargo	77
7.2.2.	Finalidad del embargo	77
7.2.3.	EFFECTOS DEL EMBARGO	78
7.3.	DEL EMBARGO PREVIO Y PREVENTIVO	78
7.3.1.	Limitación de embargo y secuestro	79
7.3.2.	Levantamiento de embargos y secuestro	81
7.3.3.	En el proceso ejecutivo	82
7.3.3.1.	A solicitud del ejecutante	82
7.3.3.2.	A solicitud del ejecutado	83

7.3.3.3. De oficio 84

8. ANALISIS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE LOS
ARTICULOS 691 Y 692 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO
CIVIL 86

9. CONCLUSIONES 90

BIBLIOGRAFIA 92

O. INTRODUCCION

Medida cautelar es la "... garantía de la jurisdicción dirigida a obtener anticipadamente la actuación del Derecho objetivo, para que al llegar la actuación directa y definitiva mediante el proceso principal pueda hacerse eficaz la garantía imposible de serlo en caso contrario por el peligro de la forzada duración del proceso"¹.

Desde que el hombre se organizó, a partir de la barbarie, ha creado diferentes mecanismos para la defensa de sus intereses y derechos. En un principio este control lo ejercía él y su familia o bien con la ayuda de sus esclavos, si era una persona de ciertas riquezas; porque el Estado era incapaz de asumir esa actividad, por tratarse por lo general de gobiernos despóticos o incipientes en su formación, dándose el caso de la famosa Ley del talión, entre otras, etc.

¹PODETTI J., Ricardo. Tratado de las medidas cautelares de derecho procesal civil, laboral y comercial. Tomo 4. 2a. ed. p. 29 y 30. Noción de Carlos de Miguel y Alfonso.

Una vez, el derecho se va reglamentando, ordenando y codificando, en igual medida se va desarrollando un fenómeno similar con las CAUTELAS.

En este detallado estudio investigativo, como requisito parcial para optar al título de abogada, expondré en primer lugar una noción lo más exacta posible del contenido y alcance de las Medidas Cautelares, y en una forma objetiva y analítica expondré con base a sus propios elementos, la importancia y el papel que juegan en el campo específico, para esta tesis, del Procedimiento Civil. Las cautelas tienen incidencia en todas las áreas del Derecho; pero es físicamente imposible abarcarlas en este estudio.

En el capítulo de las conclusiones, formularé algunas recomendaciones para el manejo oportuno y eficaz de las medidas cautelares, de tal suerte que los intereses de los asociados no se vean comprometidos en los procesos, por ignorancia u omisión nuestra en la ley sustancial.

Sabemos que el Derecho, obedece a intereses económicos, sociales y políticos, producto de un determinado modo de producción; es por ello que se hace absolutamente necesario que el Legislador colombiano imprima mediante la creación de nuevas leyes, agilidad y severidad a las cautelas ya establecidas, así como la creación de otras acordes con los actuales momentos.

0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es de singular importancia el estudio de las medidas cautelares en razón de los innumerables derechos que preventiva y anticipadamente protege o tutela, manteniendo así el orden social establecido y el equilibrio en las relaciones de los asociados.

Trataré en este estudio de fijar el alcance de la naturaleza jurídica de las CAUTELAS, a partir de su desarrollo histórico, su propia noción, sus características, sus elementos, sus presupuestos y en especial de establecer sus fines desde el punto de vista del Derecho Procedimental Civil.

Nuestro estatuto de procedimiento civil le dedica un libro a las medidas cautelares (libro cuarto, título XXXIV) debidamente clasificadas y con indicación del trámite para proponerlas².

²JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Código de Procedimiento Civil, comentado. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1986.

No podemos cometer el error de pretender cree, que ellas siempre tienen un mismo objeto; por el contrario, las cautelares algunas veces cumplen un simple papel de aseguramiento solamente, y en otras oportunidades como en el caso de los procesos ejecutivos, cumplen un doble papel de aseguramiento y de pago o solución de la obligación.

No obstante que este trabajo se circunscribe especialmente al campo específico del Procedimiento Civil, quiero plantear y dejar la inquietud a los estudios de esta materia, de cuáles serían los motivos que nuestro Legislador, para no incluir o aceptar las medidas cautelares de "secuestro" en los procesos laborales ordinarios, dejando muchas veces al ex-trabajador en una posición precaria y en clara desventaja frente a su ex-patrono, pues corre el riesgo de que este último para eludir el pago de las prestaciones sociales debidas, transfiera a cualquier título sus bienes, o los movilice a otro lugar. Quedando el trabajador con una sentencia condenatoria a su favor, pero sin posibilidades reales de recaudar ejecutivamente su crédito.

La creencia más generalizada es de que las medidas cautelares son de exclusividad de los procesos ejecutivos, ya sean hipotecarios, singulares y mixtos; cuando en realidad tienen aplicación en casi todos los procesos civiles, laborales, penales.

Como manifestara antes, es pues mi interés el de estudiar las medidas cautelares, concretamente dentro del Derecho Civil, remitiéndome especialmente a las medidas preventivas de "embargo y secuestro", "cautelares en favor de incapaces y capaces", pruebas anticipadas tales como la "testimonial y la inspección judicial" como cautelares y las medidas cautelares que se surten en los procesos ejecutivos y actuaciones sucesorales.

Antes de concluir quiero manifestar que las medidas cautelares, en cuanto poder jurídico de pedir las, si no estructuran un tipo nuevo de acción, tienen características peculiares que les dan una naturaleza jurídica propia. Si no son acciones distintas que las de condena, la declarativa, la constitutiva o la ejecutiva, puesto que tienen por finalidad la seguridad del Derecho o de la situación que se pretende con la acción, es lo cierto que integran un Derecho autónomo que no depende de aquel que se busca proteger, en cuanto no derive de éste, y autónomo en el sentido de constituir un medio de garantizar la vigencia de un derecho o de un estado, permitiendo concebirlas como una unidad³, que sirve para cualquier proceso y no como accesoria de uno específico.

³PODETTI J., Ramiro. Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tomo 4. 2a. ed. Buenos Aires.

0.2. DELIMITACIONES

0.2.1. Presentación del tema. "LAS MEDIDAS CAUTELARES" no solamente constituye la denominación que he dado a mi tesis, sino ante todo es el eje principal sobre el que apoyo mi investigación.

Es incuestionable que tanto las legislaciones como la doctrina y la jurisprudencia dan diferentes nombres a las peticiones y decisiones que se encaminan a proteger lo que apenas puede ser una verosimilitud o un fumus bonis iuris de un poder jurídico, o de una situación de derecho o de hecho. Ocurre, sin embargo, que si la palabra cautela, de acuerdo con su significado, puede expresar varias ideas que si en el fondo tienen base común, seguridad, prudencia, los medios no son unos mismos ni lo que se pretende proteger es igual.

Por ejemplo, existen cautelas que no demandan contraer obligación alguna, como conseguir el parecer favorable de otro para un acto específico jurídico. Otras en cambio, que determinan contraer una obligación para asegurar una propia o ajena.

Algunas que son necesarias para asumir un cargo o ejercer atribuciones. Muchas a su vez, exigen la petición a una au-

toridad y la decisión de ésta en que se decreta realizar la cautela.

0.2.2. Delimitación geográfica. Hubiera sido mi deseo el de poder abarcar en esta investigación el estudio de todas las CAUTELAS legalmente establecidas en Colombia, desde el punto de vista de la rama del Derecho, que las comprende, inclusive el estudio de otras legislaciones más avanzadas que la nuestra, como el caso de Francia, Alemania, entre otras. Pero tal labor es sumamente difícil, y no me habría permitido la elaboración de un trabajo serio y ante todo objetivo. Por tal razón, me circunscribo exclusivamente a la legislación civil colombiana, no obstante presentaré consideraciones basadas en el Derecho comparado.

0.2.3. Delimitación temporal. Una de las contingencias de carácter técnico que limitan la realización de este trabajo, es el factor tiempo, aunado con el factor económico. Por tal virtud, la presente investigación, está basada en dos etapas fundamentales, a saber: la que corresponde a la del sistema tarifario, donde el Juez prácticamente era un "convitado de piedra" no solamente en la apreciación judicial de las pruebas, sino en la aplicación misma del Derecho, en todo el interrecurso del proceso, enmarcada en el antiguo Código judicial, y la otra, que está comprendida por el actual Código de Procedimiento Civil Colombiano, que entró

a regir a partir de Julio 1º de 1971, y creado por medio de los Decretos 1400 y 2019 de Agosto 6 y Octubre 26 de 1970, respectivamente⁴.

0.2.4. Duración del trabajo. La investigación concerniente a mi tesis de grado, comencé a desarrollarla en el mes de febrero de 1988, con la asesoría de mis profesores en esta materia, y la concluí en el mes de Marzo del presente año.

0.3. JUSTIFICACION

Pretendo con esta investigación fijar el alcance y la importancia de las medidas cautelares al interior del derecho. Paralelamente trataré de determinar las causas que muchas veces impiden la aplicación de medidas cautelares efectivas en detrimento de los intereses y derechos de una de las partes en conflicto.

Recomendaré, no obstante mi poca experiencia, las soluciones legales para un mejoramiento y adecuación de las "CAUTELAS", dentro del actual sistema económico que día a día avanza vertiginosamente dejando atrás el derecho que lo pro-

⁴ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Novena edición actualizada. Bogotá: Temis, 1987.

tege, volviéndose en consecuencia ineficaz e inoperante.

Además, la presente investigación se justifica, porque no solo permite desarrollar un estudio dentro de esta universidad, sino que puede servir de modelo y guía a nivel de doctrina, para jueces, abogados y estudiosos del derecho en general.

0.3.1. Finalidad. Mucho se insiste en que las medidas cautelares tienen por objeto proteger un derecho o una situación jurídica, así en el momento en que se hacen necesarias sean éstos solamente verosímiles o solo presumibles. En esa verdad, como lo es, requiere, sin embargo, desentrañarla para llegar al convencimiento total, puesto que las pruebas anticipadas, que conforme a la doctrina son medidas de aseguramiento, o las prohibiciones de ejecutar ciertos hechos, pueden parecer que contrarían la premisa enunciada, máxime cuando algunos piensan que no tienen un fin en sí mismas, como que sirven a un proceso principal⁵.

Es cierto, que si no es posible encontrar un fin único general para todas las medidas de aseguramiento, como que depende de aquello que se busca proteger, aún así, siempre hay aquí o siquiera la lontananza, un derecho o situación que se quiere proteger.

⁵ALSINA, Hugo. Tratado teórico del derecho procesal civil y comercial. Segunda edición, Tomo 5. p. 451.

0.4. OBJETIVOS

0.4.1. Objetivo general. En primer lugar presentar un cuadro general de las medidas cautelares en la Legislación Civil Colombiana⁶, resaltar la importancia y el papel que juegan cada una de ellas, según sea la naturaleza del proceso de que se trate, todo en base en un análisis profundo, objetivo, analítico y empleo de la lógica jurídica de la actual situación procesal de las cautelas, operativa y funcional.

Opino, que solamente en la medida que dominemos el Derecho procesal en forma general y en particular las diferentes categorías y figuras jurídicas del Procedimiento Civil, estaremos en capacidad de asumir airoso las defensas y acciones de nuestros poderdantes judiciales.

0.4.2. Objetivos específicos. Ya más concretamente, trato de establecer qué tipo de cautela se debe solicitar o aplicar a cada actuación procesal específica, y cuál por el contrario debemos desechar.

Trataré de resaltar con la mayor claridad posible las defi-

⁶QUINTERO MURO, Gonzalo. Medidas preventivas en el derecho procesal. 2a. ed. Bogotá: Fabretón, 1979.

ciencias y los vicios en que muchas veces incurren nuestros jueces, en la aplicación oportuna de las medidas cautelares, ya por parte de abogados litigantes, plantear la forma técnica-jurídica en que ellas deben proponerse para que sean aceptadas, señalar cuáles son los requisitos que deben cumplirse para tal fin.

Todo dentro de un estricto respeto a las normas vigentes que rigen para la materia.

0.5. MARCO TEORICO

0.5.1. Reseña histórica. No pretendo en manera alguna historiar detalladamente la vida de las medidas cautelares, pero sí mostraré en forma breve y concreta lo más importante de sus inicios hasta la época actual; las cautelas tienen una misma raíz y al igual conformación coinciden en las legislaciones que se nutren en la fuente del viejo Derecho que se originó en el lacio⁷.

Si es cierto que las instituciones del pueblo de los iurisprudeus no contienen de manera expresa disposiciones que como las modernas indiquen en forma suficiente una cautela,

⁷GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas cautelares/Introducción a su estudio. Bogotá: Librería el Foro de la Justicia, 1981.

es indiscutible que varias de sus reglas de procedimiento, empezando por las legislaciones y pasando por el admirable sistema formulario, tuvieron como finalidad y naturaleza el aseguramiento del derecho sustancial. Inclusive conocieron las cuestiones prejudicia, en las que bien podía tratarse de estructurar la prueba de un estado civil o de un Derecho con la finalidad de hacer valer luego en la judicicia.

Posteriormente se reglamentó cierta forma de prueba anteriores al Juicio

La demostración de la razón es un problema anterior al litigio y por ello se llamó prejudicial o antes de los judicial.

La parte interesada en determinar el Derecho entablaba una actio prejudicia. La condena es siempre pecuniaria (en el sistema formulario) salvo las acciones prejudiciales que se limitan a establecer ciertos hechos para un futuro litigio⁸.

En este orden de ideas encontramos el embargo, el cual se puede decir no tuvo originariamente un fin preventivo, una constitución imperial de Antonio El Piadoso creó Pignus. Causa y judicati captum, por la cual el acreedor podía obtener en prenda bienes del deudor durante dos meses, vencidos los cuales si no le pagaban, podía proceder a la ven-

⁸ ALVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano. Bogotá: Pluma, 1979. p. 264.

ta, previa autorización del Magistrado⁹.

En el denominado período del sistema extraordinaria cognitiu de procedimiento que se inicia hacia el 294 después de Cristo con la Constitución Imperial que en dicho año, Diocleciano dictó¹⁰, la litis contestatio impedía disponer de las cosas litigiosas o destruirla, por cuanto debía entregarse al vendedor tal como se encontraba el día de empezar la litis. Esta institución es muy semejante a la cautela moderna establecida por la inscripción de la demanda.

A pesar del materialismo romano, texto de la obra justiniana, el Digesto y el Código, contienen reglas que evidentemente demuestran que entre las acciones creadas por el Pretor y, concretamente, la prejudiciales, hay varias que tenían naturaleza y finalidad cautelar respecto a las personas en el Derecho de Familia, como las exhibitorias del marido contra el pater familias de su mujer, a fin de poder ejercer sobre ella la potestad marital.

Del Derecho romano se pasó al medieval, y concretamente, como antecedente de Instituciones nacionales, al fuero juz-

⁹CUENCA, Humberto. Proceso civil romano. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1957. p. 119.

¹⁰ALSINA, Hugo. Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial. 2a. edic. Tomo 3. Buenos Aires, 1970. p. 451.

go y a las siete partidas, aquel tan importante para el Derecho Penal y éstas para el Civil, en particular para el procesal la partida tercera, que en la Ley 13, título VII, dispuso que la enajenación de la cosa litigiosa, después del emplazamiento an demandado era nula.

En las siete partidas son calificados como fuente mediata de las normas procesales hispano-americanas, como "base directa para toda la legislación procesal que rigió en los pueblos conquistados por España en América"¹¹.

Antecedentes de algunas de las medidas cautelares actuales: en Colombia encontramos la Ley 57 de 1887, que por su artículo primero adoptó el Código judicial que estableció como tales en el libro 2º Título 1º, Capítulo 5º el "Enjuiciamiento civil": a) El arraigo; b) Del secuestro de cosas; c) La acción exhibitoria; d) El asentamiento; e) Prueba en rebeldía y f) La suspensión¹².

Otra ley a tener en cuenta es la 105 de 1931 en la que se trató de formar un procedimiento cautelar bajo el título V del libro 2º "Acciones accesorias", para regular el embar-

¹¹CANOSA TORRADO, Luis Felipe. Introducción al estudio del proceso ejecutivo. 2a. Ed. Bogotá: Salazar F. e hijos, 1980.

¹²ANGARITA, Manuel. Código judicial de la República de Colombia y leyes adicionales. Edición de 1904. p. 104.

go y secuestro de los artículos 273 a 296, otorgando la acción al que ha demandado o intenta demandar la reivindicación de la cosa mueble, directa o como consecuencia de una acción distinta, y tenga motivo para temer que se pierda o se deteriore en manos del poseedor, o que éste se ha ausentado o teme que se ausente, como la otorgaba al que se haya demandado o intenta demandar para el pago de una obligación personal¹³.

Posteriormente se expide la Ley 38 de 1945 que en su artículo lo. reemplazar el art. 740 de la Ley 105, que reglamentaba el registro de la demanda cuando ésta versaba "sobre dominio u otros derechos reales principales constituidos sobre un inmueble o sobre una universalidad de bienes en que haya inmuebles", medidas que el juez debía comunicar al Registrador de Instrumentos Públicos y privados en la forma que señala la citada ley 38 de 1945, art. 20., y que determinaba, como se vio, que los bienes se entendieran como litigiosos, y, consecuentemente, fuera de comercio, encerrando la prohibición para el registrador de inscribir cualquier título que condujera a la enajenación de la cosa litigiosa y nulidad del acto de transferencia en el caso de producirse.

¹³ORTEGA TORRES. Op. cit., p. 184.

0.6. METODOLOGIA

0.6.1. Tipo de estudio. La presente investigación es de tipo exploratorio, analítica y descriptiva. Busco explorar por medio de la observación directa y el análisis de cada una de las situaciones planteadas, el estado actual del desempeño jurisdiccional frente a las medidas cautelares.

0.6.2. Técnicas. En la realización de esta investigación, he utilizado diferentes técnicas, tales como entrevistas a profesores y abogados, el estudio y análisis de diferentes procesos, lo cual hice en mi condición de exmiembro del Consultorio Jurídico de esa universidad, la recolección de libros de doctrinantes nacionales como extranjeros, en especial jurisprudencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia.

0.6.3. Método. El método particular que sigue este estudio es un diseño deductivo e inductivo. Esto me permitirá examinar y evaluar en forma objetiva y con lógica jurídica los sucesos y situaciones que se pueden presentar en los procesos, y poder inferir de ellos conclusiones generales así como las recomendaciones para cada fenómeno. Luego estableceré principios de carácter general producto de la observación directa y de mi propia experiencia personal.

Con la ayuda de gacetas oficiales, textos de consultas, leyes, jurisprudencias, etc, describo en forma sistemática las características y los elementos de cada una de las CAUTELAS que plasmo en la investigación.

Debo sin embargo manifestar, que he tenido muy en cuenta el método reconstructivo de la investigación, o sea el estudio dialéctico y valorativo de cada uno de los hechos que informa el tema en cuestión.

0.7. HIPOTESIS

Las Medidas Cautelares, tienen una doble función: social y particular, la primera se refiere al interés que tiene nuestro Legislador de preservar el orden social establecido, el de mantener el equilibrio en el interior de las relaciones (sociales, familiares, económicas) que se den entre los asociados, y entre éstos y el Estado; o sea, se trata de evitar que una parte pueda por cualquier medio tomar ventajas sobre otra, en claro detrimento de sus intereses y derechos; y la particular hace relación con esta última, refiriéndose al caso concreto de los derechos que se disputan o controvierten al interior de los procesos.

Está claro, que la naturaleza jurídica de las CAUTELAS es la de asegurar un derecho, o bien proteger a una persona,

o prevenir un efecto, el problema radica entonces es en la forma y en los mecanismos que debemos utilizar para obtener esos fines, ubicar su radio de acción y obtener así la efectividad que a través de la medida incoada se persigue.

Para lo anterior se hace absolutamente necesario e imprescindible, tener un conocimiento no solo de la propia noción de las cautelas, su naturaleza, sus efectos, etc., sino saber con exactitud cuáles son los elementos que componen cada una de las figuras que son objeto del debate procesal, para poder en consecuencia utilizar las herramientas jurídicas, que nos permitan en última la efectividad de la medida cautelar; así por ejemplo: En un contrato de compraventa sobre bienes muebles, el vendedor para asegurar el pago del saldo pendiente, puede pactar, si se trata de un comerciante, Reserva de Dominio sobre dichos bienes; vemos entonces que la CAUTELA opera a través de la reserva del dominio (o sea, constituye la herramienta jurídica), pero para que ella sea eficaz, esto es, para que pueda ser oponible al comprador-deudor y a terceros, se requiere además, que dicho acto se registre y/o inscriba en la Cámara de Comercio del domicilio del comprador o del sitio en que han de trasladarse esos bienes. Y la misma ley procedimental señala en forma clara el mecanismo para la restitución de los bienes vendidos con el referido pacto, en este caso, el num. 2 del art. 442 del C. de P.C.

Del caso anterior, se deduce que para la solución de la temática planteada se hace necesario el conocimiento e integración de varios factores, a saber: Elementos y características sobre el acto jurídico de la compra venta de bienes muebles, la noción, fines y efectos de las medidas cautelares, y en especial el tipo de cautela que se quiere hacer valer, y, por último, cual debe ser el procedimiento adecuado para no incurrir en el error de agotar un trámite diferente que haga ineficaz la cautela.

Si tenemos en cuenta la regla anterior, estaremos en capacidad de cumplir a cabalidad con los derechos que representamos, en aquellos casos que exista la necesidad de solicitar la práctica de medidas cautelares.

1. IDEAS GENERALES

La palabra cautela ha sido y es tratada por las diferentes legislaciones, así como la doctrina y la jurisprudencia, en forma diferente, pues dicho término de acuerdo con su significado puede expresar varias ideas que si en el fondo tienen base común, seguridad, prudencia, precaución, los medios no son unos mismos ni lo que se pretende proteger es igual.

Existen cautelas que no demandan contraer obligación alguna, como conseguir el parecer favorable de otro para un acto jurídico específico, otras que determinan contraer una obligación para asegurar una propia o ajena, algunas que son necesarias para asumir un cargo o ejercer atribuciones, muchas que exigen la petición a una autoridad y la decisión de ésta en que se decreta realizar la cautela, ejemplo de las anteriores son:

Las cauciones judiciales, de que trata el título XXXIV del C. de P.C., se trata de las garantías que debe otorgarse en el curso de procesos o ciertas diligencias previa a éstas,

para responder por los perjuicios que se causen a las partes o a los terceros, o por la restitución de bienes o la ejecución de ciertos actos; otro ejemplo, es el de los embargos y secuestros, medidas éstas, que pueden adoptarse previamente a un proceso, o durante éste, para evitar generalmente que el demandante haga ineficaz los efectos prácticos de la demanda o los burle mediante maniobras más o menos ilícitas, otro caso es el de las medidas cautelares en procesos ordinarios, en casos muy especiales como la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, al tenor del número 1, literal a, del artículo 690 del C. de P.C., el del secuestro de bienes muebles, al tenor del mismo número 1, literal b, de la obra citada; el secuestro de inmuebles después de la sentencia de primera instancia, y la inscripción de la demanda en el libro de matrícula de automóviles; en este orden de ideas encontramos las medidas cautelares en procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes o de cuerpos y de liquidación de sociedades conyugales.

Así mismo el legislador colombiano autoriza la inscripción de la demanda, en procesos diferentes al ordinario, como el caso del deslinde y amojonamiento, servidumbre, expropiación y división de bienes comunes, de conformidad con el art. 690 en concordancia con los nums. 1, 2, 3 y 4 del 692 del C. de P.C., como último ejemplo tenemos el del registro de la demanda del arrendatario contra el arrendador de loca-

les comerciales, en virtud de lo dispuesto por el art. 522 del Código de Procedimiento Comercial.

1.1. NOCION

Del

Es en verdad sumamente difícil dar una noción exacta de las medidas cautelares, por la diversidad de situaciones de derecho o de hecho, en que ellas tienen incidencia, y más en el caso de que no todas las veces tienen una misma finalidad u objeto, así por ejemplo las medidas cautelares de secuestro que se puedan proferir en un proceso de separación de cuerpos, busca asegurar los bienes de propiedad de la pareja en disputa, mientras que los embargos y secuestros que se dicten en un proceso ejecutivo tienen como finalidad a más del aseguramiento, la venta en pública subasta de los bienes de propiedad del demandado para la solución de la obligación, es por esta razón, que ellas han sido denominadas Medidas precautorias, providencias precautorias, acciones cautelares, medidas de instrucción, etc, siendo el más apropiado según el Derecho moderno y la doctrina más generalizada, el de Medidas Cautelares. •

Podemos definir entonces las Medidas Cautelares como las que, ante el riesgo de perder un derecho, toma el juez, por lo general a petición de parte, de manera rápida y de ordinario, sin oír otra parte.

1.2. NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza de toda cautela, como lo indica el vocablo es el dar seguridad, prudencia, previsión en la defensa de un derecho, o bien proteger a una persona, y en especial, prevenir un efecto.

La naturaleza jurídica de una cautela puede ser la de una acción autónoma, puesto que no exige otra acción para otorgarla, como la prueba anticipada ante el riesgo de que el tiempo corra el hecho o cautela accesoria, cuando exige otra acción, como el embargo de bienes en la acción de divorcio o de separación de cuerpos.

Las Medidas Cautelares, en cuanto a poder jurídico de pedir-las, si no estructuran un tipo nuevo de acción, tienen características peculiares que les dan una naturaleza jurídica propia. Si no son acciones distintas de las de condena, la declarativa, la constitutiva o la ejecutiva, puesto que tienen por finalidad la seguridad del Derecho o de la situación que se pretende con la acción, es lo cierto que integran un derecho autónomo que no depende de aquel que se busca proteger, en cuanto no deriva de éste¹⁴ y autónomo en el sen-

¹⁴PALLARES, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil. 5a. ed. p. 526.

tido de constituir un medio de garantizar la vigencia de un derecho o de un Estado, permitiendo concebirlas como una unidad¹⁵, que sirve para cualquier proceso y no como accesorias de uno específico.

1.3. FINALIDAD

Con arreglo a la teoría general del proceso las medidas cautelares tienen por finalidad prevenir o evitar los perjuicios que a algunas de las partes pueda ocasionar el litigio, por tal circunstancia, según la opinión de Carnelutti, ellas son de dos clases: Conservatoria, si tienen por objeto impedir que se modifique la situación existente al momento de iniciar otro proceso, como sucede con el embargo y secuestro preventivo, la inscripción de la demanda y quizás el arraigo judicial, e innovatorias, cuando lo que se persigue es, precisamente, producir un cambio en la situación existente al momento de promover un proceso, como por ejemplo, la autorización de residencia separada de los cónyuges, el depósito de personas no habilitadas de edad, en tratándose del proceso de Divorcio o Separación de cuerpos art. 27 de la ley 1a. de 1976¹⁶.

¹⁵PODETTI J. Op. cit.

¹⁶TRIBUNAL DE MEDELLIN. Septiembre 7 de 1978. Magistrado Ponente. Dr. Horacio Montoya Gil.

Las medidas sobre personas, como la del cónyuge para separarse provisionalmente, inclusive por autoridad propia, ante la conducta peligrosa del otro, tienden a evitar la violación de estos derechos, como el de su integridad personal. Los alimentos provisionales que se permite señalar para quienes según la ley tienen derecho a recibirlos, quieren proteger el derecho del alimentario. Las prohibiciones de enajenar o de innovar durante el pleito, se proponen asegurar derechos patrimoniales.

Las pruebas anticipadas que sirven para asegurar la demostración de un hecho, no es por éste en sí mismo que se otorgan, sino por el derecho o la situación jurídica que de él depende. Aún estimándolas como uno de los tipos de garantía jurisdiccional, pero con ciertas distinciones por cuanto quieren asegurar los efectos de la declaración de certeza, es lo cierto que remotamente lo que se desea asegurar no es en sí la sentencia, sino el derecho o el estado reconocido, dado o constituido con el fallo. Teniéndolas como accesorias de un proceso principal, es todavía más relevante su finalidad, puesto que están encaminadas al proceso central y éste, como es bien sabido, no contiene un fin en sí mismo. Luego el derecho o la situación jurídica de la cual surgen también derechos es lo que en fin de cuentas interesa asegurar con la cautela.

Si no es posible, entonces, señalar un fin único para todo género de cautelas y sin desconocer que según los fines surgen las clases de medidas es incuestionable que habrá siempre, próxima o remotamente un derecho o un estado o situación jurídica que con ellas se busca asegurar, cualquiera que sea la rama de derecho objetivo que las consagre; y esto porque en lo penal, las medidas de seguridad que dicho sea de paso es en donde cuadra mejor este nombre, y más que en otras ramas, las prevenciones para garantizar la comparecencia del sindicado y el cumplimiento de la pena, se encaminan a proteger el derecho de la sociedad contra los delincuentes, más que los derechos de la víctima del delito, para lo cual están las seguridades de orden patrimonial, como el embargo y el secuestro de bienes del reo¹⁷.

1.4. CARACTERISTICAS

Las características de las cautelas se desprenden de su propia naturaleza, de su finalidad, y del propio criterio en que las toma u otorga el juez del conocimiento.

En armonía con esos elementos que hay he presentado, a continuación detallo en forma breve las más importantes carac-

¹⁷GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas cautelares, introducción a su estudio. Bogotá: Librería El Foro de la Justicia, 1981.

terísticas de las Medidas Cautelares.

1.5. CLASES

Como manifesté anteriormente, en términos generales, las cautelas son de dos clases: Conservatorias e innovatorias, en el primer caso, si tienen por objeto impedir que se modifique la situación existente, al momento de iniciar otro proceso, y en el segundo, cuando lo que persigue es producir un cambio en la situación existente al momento de promover un proceso.

No obstante el tratadista Ramiro J. Podetti, presenta una clasificación partiendo de su naturaleza y de los fines próximos de las medidas. Es decir, sobre que recaen inmediatamente las seguridades sobre personas, sobre bienes o hechos, pero haciéndolas actuar dentro de cada rama del Derecho objetivo, para encontrar, por ejemplo, seguridades sobre personas en el derecho, de los sujetos de derecho, sobre bienes de derecho, sobre bienes en el Derecho Comercial, sobre hechos en el Derecho probatorio.

a) DE GARANTIA. Se pretende crear un carácter de preservación y de garantía, bien a un derecho sustancial o una situación jurídica.

b) PROVISIONALIDAD. Están instituidas para un tiempo corto, o menor a la duración del proceso, mientras la jurisdicción protege definitivamente el Derecho sustancial o la situación jurídica o, por el contrario, declara su inexistencia o deniega su protección en forma definitiva.

c) INAUDITA PARS. Quiere decir este aforismo, que las cautelas se toman y aplican en forma urgente y oportuna para evitar la demora, y se cumpla la finalidad de seguridad.

d) SON TAXATIVAS. Respetando el criterio del juzgador para cada situación en particular, este no puede apartarse de los lineamientos señalados por el C. de P.C. en esta materia, pues dicho estatuto, señala para cada actuación las cautelas que se pueden aplicar, no solamente el tipo, sino también la oportunidad en que deben practicarse.

Dicha clasificación comprende tres géneros, dos de los cuales comprende dos especies.

1. Medidas para asegurar bienes:

a) Para asegurar la ejecución forzosa, y

b) Para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas.

2. Medidas para asegurar personas.

a) Guarda provisional de personas, y

b) Satisfacción de sus necesidades urgentes.

3. Medidas para asegurar hechos que se pretenden apartar como pruebas.

2. REQUISITOS

Entrar a determinar los requisitos de las medidas cautelares es de suma importancia en este estudio, pues ellos determinan las condiciones necesarias de procedibilidad de las mismas.

Vemos entonces, que los requisitos son variantes y diferentes para las cautelas taxativamente señaladas en nuestro código de procedimiento civil, y están sujetos a la situación jurídica, así como el derecho que se pretende tutelar.

A continuación presentaré algunos requisitos generales.

2.1. UN PRESUMIBLE DERECHO

No basta el simple accionar de cualquier persona para solicitar se dicten determinadas cautelas extra o procesalmente, se requiere para la efectividad de la solicitud, de acuerdo a la doctrina más generalizada así como la jurisprudencia, la de acreditar un derecho para ello, pues sería peligroso facultar a cualquiera para pedir medidas cau-

telares que, por lo general, por su finalidad y por ser taxativas, conducirán a variar una situación de hecho o a mantenerla, suspendiendo por lo menos el ejercicio normal de ciertos derechos, como la vida en común de los casados, la enajenación de bienes o imponer determinadas prestaciones inmediatas, como dar alimentos provisionales; sin existir siquiera la convicción verdadera de un derecho del cual se es titular.

Igualmente sería totalmente contrario a derecho autorizar al juez para tomar cualquier precautoria, salvo los casos expresamente previstos como de cautelas genéricas, sin demostrarle con prueba sumaria por lo menos la existencia verosímil del derecho, y, desde luego, acreditar como es a pesar lógico, que hay legitimación activa y pasiva.

Aunque las consecuencias de cautela las asuma quien la pida, puesto que un yerro flagrante del juez lo hace igualmente responsable.

2.2. PELIGRO ACTUAL

Así mismo, no es suficiente para el juez, que se acredite un derecho para el ejercicio de la acción, se requiere además, que tal derecho corra peligro. Claro está, no es fácil para el funcionario establecer cuándo el derecho o

la situación corren peligro por la demora en la garantía normal de protección jurisdiccional. En tal virtud, en determinados casos, ésta deba llenar formalismos precisos, como la demanda, bajo juramento, que en su sola presentación formal (por escrito) de la solicitud, como en el caso de las medidas ejecutivas. Pero en otros el peligro en la demora tendrá que inferirlo el juez de las meras afirmaciones del peticionario, como la autorización de suspensión de la vida común de los casados.

El juez no puede actuar ligeramente, bajo la afirmación de un "grave e inminente peligro", con base a que el peticionario responde por los posibles daños puesto que si se demuestra que obró en forma inexcusable se hace también responsable del daño causado producto de la cautela ordenada.

2.3. URGENCIA DE LA MEDIDA

Es imperativo, que el Derecho sustancial no pueda ser protegido inmediatamente de otra manera, según las reglas legales, puesto que si es posible evitar el daño de una medida de excepción que viene a alternar la situación normal y probablemente a perjudicar por lo menos a otra persona. Este requisito corresponde fijarlo al juez del conocimiento con base en el derecho que se pretende proteger.

2.4. FORMA DE SOLICITARLA

Salvo pocos casos en Derecho privado (por ejemplo, art. 91 del C.C. y 581 del C. de P.C.) la práctica de medidas cautelares solo puede hacerse a petición de parte, la ley exige ciertos requisitos para algunos de los casos prevenidos, como la descripción de bienes bajo juramento, la afirmación de ser urgente la medida, la indicación de ubicación de las cosas, que se haga en la demanda o en escrito especial y que aquella verse sobre ciertos derechos reales o crediticios.

2.4.1. Solicitud formal. Aún en el derecho de familia, donde cada día y con razón se confiere mayores poderes al juez, la solicitud que compete al funcionario de la administración (defensor de menores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ejemplo), tiene que elevarla llamando determinadas formalidades. Por consiguiente, si no conviene exigir muchas formas de procedimiento por cuanto el exceso puede hacer negatorias la medida, tampoco puede dejarse al total arbitrio del peticionario y del juzgador la manera de actuar, pues ello conduciría a resultados contrarios a los fines que contienen las cautelares.

2.4.2. Vías de hecho. El legislador en ciertos casos muy especiales acepta que las partes pueden en un momento de

eminente peligro de destrucción, extravío, pérdida sustracción de las cosas corporales, que las retengan y las aseguren mientras se da la orden judicial, e inclusive se permita igual medida con los bienes sucesorales.

2.5. CONTRACAUTELA

Cuando se pretenda que el embargo y secuestro de bienes se practiquen con anterioridad a la notificación de la providencia que inicia el proceso, el demandante debe ofrecer al juez su disposición para prestar la caución que éste señale para asegurar los posibles perjuicios que se puedan causar si el derecho no fuere reconocido en el fallo principal¹⁸.

Ofrecida la contracautela, el juez procede a señalar, teniendo en cuenta la clase de proceso y el monto de la obligación, que el demandante cumplirá al pie de la letra, a fin de que aquél pueda decretarlas anticipadamente; en nuestro ordenamiento (al tenor del art. 514) una vez notificado el mandamiento de pago, no es necesario prestar la contracautela económica para su decreto pero sí debe presentarse el juramento.

¹⁸GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Estudio de derecho procesal. Pamplona: Eurisa, 1979. p. 39.

Es necesario recordar que, cuando el juez ordena prestar la caución es porque ya existe auto admisorio de la demanda o de mandamiento de pago; por lo menos las dos providencias deben ser simultáneas, pero sucede en algunos despachos judiciales en que se dicta el auto que ordena prestar la caución, hecho lo cual se decide sobre el mandamiento de pago y esto no puede operar así, pues el sustento de las cautelas es la admisión de la demanda, otros juzgados, por ejemplo, dictan el auto que ordena prestar la caución y otorgan un término para ello, y si no se emplea rechazan la demanda¹⁹.

Para el tratadista Héctor E. Quiroga, esta posición es equivocada, esta forma de proceder de algunos jueces ya que si no cumple la prestación la caución deberá ordenarse la notificación de la providencia que inicia el proceso.

¹⁹QUIROGA CUBILLO, Héctor E. Procesos y medidas cautelares. Ediciones Librería del Profesional, 1985.

3. CAUTELAS PERSONALES EN PRO DE INCAPACES

Los procesos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, etc, producen un deterioro de la unidad familiar, y los primeros afectados por tal situación son los cónyuges o repartirlos en su defecto entregarlos a un tercero que por lo general será un pariente próximo, si bien, es cierto, al Estado no le preocupa con categoría de "Alarma Social" la situación de los menores fruto del matrimonio es por ello que el juez debe estar atento a asegurar el bienestar de los menores y desde el inicio del proceso, puede entregarlos a cualquiera de los cónyuges o distribuirlos de acuerdo con la situación de hecho presentada o cuando ninguno de éstos sea apto moral, social o económicamente para su control podrá entregarlos a un tercero a quien los menores respeten.

El proceso de separación, divorcio, nulidad del matrimonio no está montado principalmente para resolver lo relativo a patria potestad y guarda, pero se aprovecha el procedimiento para en él tomar decisiones frente a los hijos; la pretensión principal estará encaminada a disolver el vín-

culo matrimonial o suspender la vida en común de los cónyuges, las decisiones accesorias autorizada y ordenada por la ley, es por ello, que cuando esas decisiones secundarias se anticipan a la sentencia también constituyen medidas cautelares, y estarán esperando la sentencia que ha de resolver definitivamente; pero la razón de esta forma de cautela no es por el simple hecho de la demora del proceso, sino el peligro de daño inminente que amenaza a los menores y que hay que contrarrestar también inmediatamente, con medidas cautelares de protección y aseguramiento.

3.1. DERECHO QUE LAS SANCIONA

Las medidas cautelares de personas, son aquellas cuya finalidad inmediata es la de proteger a la persona en si misma o derechos sustanciales de un miembro de la familia y aquellas que persiguen asegurar la satisfacción de necesidades especiales matrimoniales de un sujeto determinado. Unas y otras se hayan establecidas primordialmente en el código civil. Empero a partir del momento en que la doctrina y la jurisprudencia empezaron a propugnar la elaboración de un código de familia, todas las reglas dispersas en el código civil especialmente en el libro 1o. que pretende recoger las disposiciones relacionadas con la existencia y la capacidad del sujeto de derecho, se incluyeron en el denominado derecho de familia.

Cuando esta rama se haya estructurado, todavía en el campo del derecho privado, será ella la que sanciona las cautelas para proteger la persona en su integridad personal. Al derecho de familia se une el derecho de menores, que, sin entrar desde luego en el tema, pretende constituir también una rama autónoma; sería interesante averiguar si este derecho es una rama del de familia o es verdaderamente un aspecto aparte. Lo esencial en estos principios elementales es hacer constar que las leyes especiales cuyo propósito es proteger las personas menores, consagran medidas de protección para su integridad moral y física, así como para su desarrollo integral y corporal.

Ahora bien, de las reglas que se proponen cautelar la persona en sí misma, ya para asegurar derechos suyos o de un tercero, conviene separar las que se refieren a los menores y las que tienen por objeto personas mayores.

Prescindiendo de narrar los antecedentes y la evaluación del derecho de menores en particular, conviene recordar que el primer estatuto orgánico que dictó el país con Ratio legis expresa de velar por el menor, es la ley 83 de 1946, cuyos antecedentes generalísimos son el Derecho Romano que distinguía los infantes, próximos púberes, considerando absolutamente irresponsable los infantes y los próximos infantes y aplicando para los próximos púberes el

denominado discernimiento.

3.2. PROCEDIMIENTO

Ateniendo la índole de las materias, las leyes han señalado diversos procedimientos para el pronunciamiento de las providencias cautelares, y para la práctica de las medidas.

En efecto para las que puedan surgir en los asuntos que describe el literal a) del art. 1 del decreto 206 de 1975 el procedimiento es verbal.

En las cautelas como acciones accesorias, ya sea de divorcio, separación de cuerpo, etc, el procedimiento es el abreviado (C. de P. C. art. 423).

Efectuada la petición al juez o invocada la causal que motiva el proceso con alguna prueba que el juez lo considera necesario se decretará la cautela dejando a los menores en manos del cónyuge que hace la petición, sin embargo, es necesario tener en cuenta lo siguiente: Si el peticionario es quien en la actualidad tiene los menores no será necesario pedir demasiadas pruebas, si el demandante no los tiene en su poder será necesario probar por lo menos sumariamente el peligro de daño.

Si los menores no están en manos del peticionario el juez la decretará y ordenará a quien los tenga se los entregue; en la práctica se comisiona a los jueces de menores para tal entrega, en opinión del mentado autor Quiroga Cubillos, cree que el legislador debe consagrar esta modalidad, por la especialidad de estos jueces en estos asuntos. Por lo general envían un telegrama al obligado señalándosele una fecha para que comparezca al juzgado con los menores y efectuar su entrega, si el demandado no comparece se procederá a efectuar la diligencia de entrega para la cual el juez señalará fecha y hora para tal efecto, y se procederá a trasladarse al lugar en donde los menores se encuentren. Se resalta el hecho que no se está ante una diligencia de embargo, es decir, la prudencia deberá llevarse hasta el máximo, a fin de no causar traumas a los menores.

3.3. COMPETENCIA

Como quedó anteriormente consignado, para las cautelas en favor de los menores como acciones autónomas, es competente el juez civil de menores, como se desprende del alcance de la ley 83 de 1946, en concordancia con el art. 20. de la ley 24 de 1974, y decreto 206 de 1975, reglamentario de dicho artículo.

Con respecto a las cautelas accesorias de acciones de di-

divorcio del matrimonio civil, el juez competente es el civil del circuito; el de separación de cuerpo del matrimonio eclesiástico, será competente el tribunal superior de Distrito Judicial, en el de separación de bienes, los jueces civiles del circuito, así mismo los notarios están facultados para conocer de asuntos de separación y liquidación de sociedades conyugales de mutuo acuerdo.

Y existe o más bien está para su aprobación por parte del Gobierno Nacional la expedición de un decreto, a través del cual se faculta a los Notarios a conocer demanda de divorcio del matrimonio civil, pero de mutuo acuerdo de los cónyuges.

4. CAUTELAS PERSONALES EN FAVOR DE CAPACES

4.1. DERECHOS QUE LAS SANCIONA

El derecho civil y el Derecho mercantil, y, en específicos aspectos de familia el derecho canónico sancionan medidas provisionales que tienden a la seguridad de ciertas personas capaces ante el peligro de perjuicio que pueda implicar el retardo de providencias definitivas, como las que establecen el código civil para cónyuges, el canónico, el de nulidad de matrimonio católico y de comercio en caso de quiebra.

4.2. CLASES

No obstante que en este lugar se indican cautelares, su clasificación puede hacerse distinguiendo las que se refieren a cónyuge y sobre persona comerciante, a) Entre cónyuge:

1. Cuando a la mujer a la cual se le ha decretado el proceso y está separada de su marido, ya por separación de he-

cho o por habersele autorizado el cambio de residencia y se creyere estar en cinta, podrá denunciar este hecho a su marido dentro de un término de treinta (30) días a la separación actual. Esta denuncia también se autoriza por el código civil en los procesos de nulidad de matrimonio o recién declarada la nulidad, también dentro de treinta días siguientes de que habla el inciso primero del art. 225 del C.C.

Este término puede sufrir una largueza cuando existe una justificación debidamente razonada de no haberse podido hacer dentro del término de los treinta días.

Una vez hecha la denuncia por parte de la mujer del estado el marido puede solicitarle al juez, ordene los exámenes médicos pertinentes para establecer plenamente; exámenes que pueden ser practicados por médicos legistas, los resultados deben ser agregados al proceso que se encuentre en trámite legítimo en su momento. Es una obligación de la mujer permitir que se practique los exámenes, pues ambos cónyuges están interesados en establecer ese embarazo para impedir una posible suplantación del parto; si la mujer no permite se le practiquen la ley sanciona este hecho con una presunción de inexistencia del embarazo. Presunción desvirtuable en otro proceso instaurado por la madre o por el hijo en su caso.

Cuando la mujer ha sido "depositada" y ésta se ha sustraído al cuidado de la familia o persona elegida para la guarda o porque de cualquier forma ésta ha eludido la vigilancia a que estaba sometida, el marido podrá no reconocer el hecho y circunstancias del parto.

2. El depósito de la mujer casada capaz que autorizaba el art. 157 del C.C. fue sustituido por la autorización de residencia separada de los cónyuges, medida que puede pedirse en la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, o antes, si hubiere urgencia.

3. El art. 155 del C.C., con la modificación hecha por el 5o. de la Ley 1a. de 1976, da a entender que los casados por los ritos civiles pueden pedir el divorcio como pretensión principal y la separación de cuerpos como subsidiaria; si así se formulare la demanda, el juez podrá denegar el divorcio y acceder a la separación de cuerpos si considera aquél no justificado moralmente "en atención a los hijos menores a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges".

4. La regla del art. 232 del C.C. es más cautela para la viudedad y el hijo que para terceros, puesto que les asegura, a la viuda, la asignación de lo necesario para subsistencia y el parto, sin tener que restituir a pesar de que

el hijo no nazca vivo o que resulte que no hubo preñez, "a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es ilegítimo" y a éste, su estado de legítimo, salvo que se demuestre por quienes tienen derecho y dentro del tiempo de la ley, que es adulterino. Así se deduce del art. 233 la medida consiste aquí únicamente en la denuncia que la mujer viuda embarazada debe hacer a quienes, no existiendo el póstumo, heredaría al marido muerto. Aunque estas disposiciones no indican a quien se hará la denuncia.

5. Un cónyuge puede pedir también como cautela el señalamiento de la suma de dinero con que el otro debe contribuir para gastos de habitación y sostenimiento suyos y de los hijos comunes y para la educación de éstos, en la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, o antes si hubiere urgencia, y así mismo en la demanda o posteriormente en la de nulidad de matrimonio civil.

6. La prohibición para que el juez autorice el nuevo matrimonio de la mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o disuelto y estuviere embarazada, antes del parto o no habiendo señales de preñez, antes de los doscientos sesenta días siguientes a la disolución o la declaración de nulidad, tiene una finalidad de cautela armonizable con la que prevé las consecuencias que aparea el contraer la mujer otras nupcias y se presentare "turbatio sanguinis" la

prohibición se les impone a la mujer, a su nuevo marido y al juez. Para la mujer y para el nuevo marido, la consecuencia es responder solidariamente de los perjuicios y costos ocasionados a terceros por la incertidumbre de paternidad.

Para el juez, no se señala ninguna sanción específica.

Existen otras cautelas de igual o menor importancia, las cuales por razones de no extenderme demasiado en estas apreciaciones, para un mejor trabajo, no las toco.

4.3. PROCEDIMIENTO

La autorización de residencia separada de los cónyuges, el señalamiento de las contribuciones para habitación y sostenimiento de uno de los casados a solicitud del otro y para educación de los hijos, son medidas accesorias del divorcio, de la nulidad o de la separación de cuerpos, y entonces han de tomarse en el respectivo proceso en que ésta se tramiten, a menos que se intenten antes de la demanda, pues en tal supuesto se toman para el proceso que vendrá más tarde, de plano, con base en las pruebas que se acompañen a la petición.

4.4. COMPETENCIA

Las medidas entre cónyuges o que recaen sobre casados, son de competencia del juez civil del circuito si, como accesorias del divorcio, la nulidad o separación de cuerpo, se trata de matrimonios civiles incumben a las salas civiles de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en las separaciones de cuerpos en cuanto a cónyuge de matrimonio canónico, pero advirtiéndolo que como son cautelas antes de la demanda, pueden impetrarse también ante el juez del domicilio común anterior.

Las prohibiciones para autorizar nuevo matrimonio se dirigen al funcionario civil competente para darle, con las consecuencias anotadas si la vida, pero el matrimonio es válido. La ley civil no estatuye explícitamente prohibición para el matrimonio católico, en los mismos supuestos con todo, si llegaren a presentarse dudas de paternidad y ellas ocasionares perjuicios los responsables están solidariamente obligados a indemnizarlos en los términos del art. 235 del C.C., y entonces la competencia para el proceso civil la tiene el juez civil.

En cuanto al arraigo del comerciante declarado en quiebra compete al juez civil del circuito del domicilio del quebrado, de manera privada.

5. EL SECUESTRO DE BIENES

El secuestro constituye la tercera forma de ejecución del embargo y la más complicada toda vez que se ha llegado a pensar en nuestro país que el secuestro constituye otra cautela, muy parecida pero diferenciable del embargo.

El secuestro no constituye un proceso cautelar autónomo; es un momento de la cautela embargo, es decir, en los bienes no sujetos a dicho sistema, el embargo se realiza con el secuestro, esto es, los dos conceptos se fusionan y son una sola etapa del embargo.

En nuestra legislación, el secuestro ha sido tratado paralelamente con el embargo pero su reglamentación no ha sido más que para establecer la dinámica y mecánica al consumarse el embargo en segunda fase, o en su fase única.

Así mismo, el secuestro constituye la etapa de aprehensión material, así las cosas podemos establecer las siguientes definiciones:

Nelson Mora dice: "El secuestro judicial es un acto procesal por el que el juez entrega un bien a un secuestrario, quien adquiere la obligación de cuidar y guardarlo y finalmente restituirlo especie cuando así lo ordene"²⁰.

Hernando Morales Molina: "El secuestro judicial es el depósito de una cosa, que se disputa dos o más individuos, en menos de otra que debe restituirla al que tenga una decisión a su favor"²¹.

Hernando Devis Echandia: "Es la entrega de una cosa o de un conjunto de bienes que se a una persona para que los tengan en depósito y en ocasiones como administrador a nombre y a órdenes de la misma autoridad para ser entregada cuando y a quien se disponga"²².

Julio González Velásquez: "Es la ejecución de una orden judicial por la que se entrega uno o varios bienes a un depositario, denominándolo secuestre, sacándolas de manos de su poseedor con miras a asegurar lo perseguido en un pro-

²⁰MORA, Nelson. Procesos de ejecución. Tomo 11, 2a. ed. Bogotá: Temis, 1973. p. 1.

²¹MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte especial. Bogotá: A.B.C., 1978. p. 230.

²²DEVIS ECHANDIA, Hernando. Institución procesal civil colombiana. Medellín: Librería y Ediciones Teoría.

ceso directa o indirectamente"²³.

5.1. SECUESTRO CAUTELAR PREVIO PREVENTIVO

La naturaleza jurídica del secuestro es la afectación de bienes embargados mediante su aprensión material y jurídica. El secuestro constituye una etapa del embargo es decir, por regla general secuestrar una cosa implica que debe ser embargada; en algunos casos el secuestro es subsiguiente a la anotación del embargo en el registro, esto para bienes sujetos a este sistema. En otros casos, por la falta de sistema de registro, el embargo se realiza con su secuestro, es decir, son simultáneas sin que ello le permita al secuestro estar separado del concepto de embargo, se podrá afirmar en contra de esta posición que hay secuestro sin embargo previo, por ejemplo, los practicados en el proceso de sucesión.

En términos generales se dice, que para que haya secuestro debe existir un embargo, bien sea notablemente diferenciado con anterioridad, o por lo menos simultáneo al mismo para ratificar esto, se puede citar innumerables casos, en donde el legislador solo pronuncia en la ley la palabra secuestro y se estaba refiriendo a un embargo. De otro lado hay que establecer como la anotación del embargo pue-

²³ GONZALEZ VELASQUEZ, Julio. Institución procesal civil colombiana. Medellín: Librería y Ediciones Teoría, 1946.

de subsistir sin secuestro en bienes sujetos a registro, tal es el caso, en que una persona es titular del dominio de un inmueble pero no tiene su posesión en tal evento al levantarse el secuestro, el demandante puede perseguir el derecho de dominio, a fin de que éste sea rematado, pero de todas maneras, aun cuando impropia mente exista un embargo.

Todo secuestro es por naturaleza medida de seguridad son embargo, la ley sanciona algunos secuestros como medidas además previas para el resultado o efectividad de una determinada consecuencia jurídica. En éstos casos, la denominación de secuestro previo quizás sea apropiado, como que da a entender que es medio anterior necesario a un fin específico. Entonces, es pertinente hablar del secuestro como medida preparatoria, en cuanto se necesita para colocar la actuación procesal en posición de parar a otra, y observando el nombre del secuestro preventivo para aquellos supuestos en que se puede hablar de otro definitivo.

Como se dijo antes, el secuestro constituye la etapa de aprehensión material y jurídica de los bienes embargados, esto es, no es posible hablar de secuestro si el juez y las partes no se encuentran físicamente ante los bienes que han de soportarlo, es decir la tenencia material debe estar a órdenes del proceso y de otro lado será jurídica to-

da vez, que el juez aprehenderá materialmente los bienes por virtud de la potestad e investidura que la ley le otorga. Si el juez desde su despacho declara secuestrados unos bienes que encuentran en otro lugar y con los cuales no ha tenido el contacto físico a fin de identificarlos no puede hablarse de afectación material, ni secuestro; de otro lado, si un juez aprehende materialmente unos bienes pero no en cumplimiento de sus funciones, pues no ha existido aprehensión jurídica y por lo tanto no hay secuestro.

La justificación del secuestro la constituye la necesidad de hacer entrega real y material, al demandante triunfante en el proceso y además que se le entregue en condiciones normales la conservación o para venderlos en pública subasta y garantizar la entrega al rematante triunfador; muchas veces se justifica el secuestro porque la cosa puede correr el peligro de deterioro, bien sea por el abandono a que le pueda someter el demandado o por el uso exagerado que la ponga en peligro de grave deterioro, aun cuando se crea o piense que el demandado la entregará.

Sus requisitos pueden ser de dos clases: subjetivos: En cuanto siendo una segunda o única etapa del embargo cautelar, seguirá sus reglas, siendo además uno de los casos en donde la legislación colombiana autoriza la ejecución por comisión a autoridades administrativas.

OBJETIVOS: Porque el bien ha de ser objeto del proceso, e igualmente debe ser la garantía de un crédito; es posible para un segundo caso, secuestrar tanto bienes no sujetos a registro como los sujetos a este sistema, cuando estos constituyen la prenga general de los acreedores con limitación a la cantidad de dinero reclamado y sin distinción de ninguna naturaleza; se podría decir que los bienes inembargables no pueden soportarlo, desde luego que no, pero lo que sucede es que éstos no son prenda general de los acreedores. Si por lo general, uno de los requisitos del secuestro preventivo es la caución o contracautela que el peticionario debe presentar para asegurar el pago de los perjuicios que a la persona contra quien se pide o a terceros pueden causarse con las medidas (Código Civil, art. 958, y Código de Procedimiento Civil, art. 690) requisito no exigido normalmente en el embargo provisional o de puro aseguramiento (Art. 579 C. de P.C.).

5.2. SECUESTRO DE BIENES SUJETOS A REGISTRO

Salvo tal vez los procesos de sucesión y de declaración de quiebra (C. de P.C., art. 579 y C. de Co. Art. 1946), el secuestro de inmuebles requiere como condición previa o preparatoria el embargo, como lo requieren los muebles sujetos a registro, tales las naves y aeronaves (C. de Co. art. 1449, 1451, 1452 y 1908). El secuestro de muebles no su-

jetos a registro como medida previa o preparatoria se confunde con el embargo (C. de P.C. 681). O en otras palabras, el embargo de cosas corporales muebles no sujetas a registro se consuma con el secuestro. Siempre que el secuestro constituya medida previa, necesita del embargo como medida igualmente previa, en cambio, el secuestro provisional y algunos secuestros preventivos no necesitan de embargo anterior, En el provisional, porque no tiene marginalidad que la de asegurar derechos sobre una universalidad; en los preventivos, porque si recae sobre muebles es el embargo mismo, o, por lo menos, produce efectos semejantes, como sucede en el preventivo del ordinario reivindicatorio de cosa mueble.

De manera que cuando las cosas salen del comercio en virtud de su embargo, este es condición para su secuestro, y cuando el embargo se consuma con la instrucción del oficio librado por el juez en la oficina respectiva de registro (bienes inmuebles y naves y aeronaves), el secuestro, salvo las excepciones legales, es medida previa a otros efectos jurídicos.

Descontando, pues, el secuestro provisional en la sucesión por causa de muerte y en la declaración de bienes vacantes y mostrencos, el secuestro de bienes sujetos a registro solamente puede realizarse inscrita la orden de embargo y a-

llegado el certificado de registro donde conste que la persona contra quien se pidió la medida es verdaderamente el título del derecho que se pretende impedir que disponga, desmiembre o límite (C. de P. C. Art. 515).

5.3. PARTICULARIDADES DEL SEQUESTRO CASOS EN QUE SE AUTORIZA

Generalmente, el secuestro es medida cautelar accesoria, por cuanto, al pretender asegurar con ella derechos, no tiene autonomía procedimental. Casi siempre depende de otra acción. Parece que únicamente en la protección de específicos derechos de propiedad industrial y comercial constituye cautela autónoma en sentido procesal, puesto que ejercita la acción asegurativa sin que dependa de otra acción (C. de Co. Art. 568 y 569)²⁴.

Por lo contrario, corresponde a la persona contraria quien se pidió intentar la acción encaminada a demostrar la legitimidad de su conducta y la condena, para quien obtuvo la cautela, a pagarle los respectivos perjuicios (ibidem, art. 570).

Acción que se inicia si hay una demanda. En los demás ca-

²⁴GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas cautelares, introducción a su estudio. Bogotá: Librería Foro de la Justicia, 1981.

Los secuestros no es más que cautela accesoria. Por lo tanto, excluido el secuestro preventivo del derecho mercantil (art. 568 y 569 nombrados), dichas medidas cautelares se toma como previa o accesoria para la actuación en un proceso en que se ejerce otra acción como principal, o es preventiva mayormente dirigida a la seguridad de un derecho, por general crédito, que se reclama como principal (C. C. art. 158, C. de P.C. art. 422, 423 y 691), y casi por excepción para proteger derechos reales principales constituidos en mueble y para dirimir discusiones entre comuneros respecto de la administración de bienes de la universalidad (C.C. art. 958 y C. de P. C. 690 y 579).

Puede entonces decirse, sin pretensión de taxatividad, que el secuestro es autorizado en los siguientes casos:

- Como medida cautelar asaz autónoma procedimentalmente para proteger concretos derechos de propiedad industrial y comercial (C. de Co. Art. 568 y 569).

- Para proteger formas de propiedad intelectual, literaria, científica y artística (ley 86 de 1946, art. 107 a 113).

- Para el remate de bienes muebles comunes, por supuesto, cuando se ha decretado la división ad valorem (C. de P.C.

art. 471 último inciso).

- En seguridad de los derechos crediticios por alimentos (C.C. art. 421 y 423; ley 83 de 1946, art. 76; ley 75 de 1968, art. 75 y código de procedimiento civil, art. 423, 426).

- Como cautela de derecho de cónyuge (C.C. art. 158, y C. de P.C. art. 422, 423 y 691).

- En protección de derechos reales principales (C.C. art. 958).

- Para asegurar la satisfacción de derecho crediticios ordinarios (C. de P.C. art. 501-513, etc.).

- Para proteger derechos de comuneros en la universalidad surgida por la muerte de una persona (C. de P.C. art. 579).

- Para asegurar los derechos crediticios contra el quebrado (C. de Co. art. 1946).

En el concordato preventivo parece procedente el secuestro, puesto que se autoriza a los acreedores que hayan comparecido y represente más del 50% de los créditos admitidos, para nombrar libremente vigilante o controlar la adminis-

tración del deudor para "solicitar del juez la adopción de determinadas medidas cautelares" (C. de Co., art. 921, segunda parte), y que el deudor durante la tramitación del concordato (conservará la administración de sus bienes y negocios (C. de Co. art. 1921 primera parte). Por consiguiente, si entre las otras medidas determinadas solicitan el secuestro, significa que es viable decretarlo, pero sin que el deudor pierda la administración. El secuestro tendrá funciones peculiares (C. de P.C. art. 683, primera parte).

- Cuando se ofrece garantía prendaria y los bienes no pueden guardarse en establecimiento bancario u otro que preste el servicio de depósito, tales cosas las entrega el juez a un secuestro, previo avalúo (C. de O.C. art. 679 segunda parte).

- Para asegurar pago de cánones e indemnizaciones al arrendador sobre los muebles llevados por el inquilino a la cosa arrendada (C.C. art. 2000 y C. de P.C. art. 434-11).

- Como pura medida asegurativa en la declaración de ser vacantes o mostrencos determinados bienes (C. de P.C. 439, inciso 2º y 3º).

- En el recurso de revisión, siempre que la impugnación sea contra sentencia dictada en proceso ordinario en que se

procedió el secuestre (C. de P.C. art. 385, inciso 2o.).

La anterior definición no es desde luego restrictiva, sino a grandes rasgos relativa a los casos que se aprecian como más común ocurrencia.

5.3.1. Forma de solicitarlo. Tal vez exceptuado el secuestro preventivo en ordinarios en que se reclama derechos real principal, ha de pedirse en la demanda o en escrito posterior antes de la sentencia de segunda instancia si se pide sobre mueble.

En ordinarios sobre derechos reales principales respecto de inmueble, después de la sentencia de primera o de única instancia, favorable a la demanda.

En guarda de derechos de alimentos, reclamados como pretensión principal y autónoma en escrito separados aducidos simultáneamente con la demanda de ejecución o posteriormente, con la modalidad de que es para menores compete al juez civil de menores, y si para el cónyuge o incapaces mayores o para mujeres mayores o para el juez civil.

En las ejecuciones singulares, solicitado como medida preventiva simultáneamente con la demanda ejecutiva, es requisito formal pedirlo en escrito separado, denunciado los

bienes del deudor bajo juramento, que se entiende prestado por la presentación de la solicitud (C. de P.C. art. 513, parte primera y segunda). Solicitado posteriormente a la ejecutoria del mandamiento de pago, es necesario hacerlo también denunciando bajo juramento los bienes del deudor, caso en que la denuncia puede hacerla cualquiera de las partes.

En la ejecución con títulos hipotecarios o prendarios ha de pedirse en la demanda, ya que sobre el secuestro se resuelve en el auto admisorio.

En la sucesión por causa de muerte puede ser: antes de la demanda, en la demanda y posteriormente antes de quedar firmes los inventarios y avalúos (C. de P. C. art. 576). En cuanto el secuestro sea pedido como provisional. Si no ha solicitado antes de la firmeza de los inventarios y avalúos, el que se pida no será privisional sino definitivo.

En la demanda de declaración de quiebra no parece indispensable pedir el secuestro, puesto que por razón de la imperativa de la disposición sobre las órdenes que en el auto respectivo debe dar el juez, el decretarlo es atribución consecuente y necesario de la declaración, como lo es cuando el comerciante que cesa en sus pagos se lo informa al juez de su domicilio acompañándole relación completa y es-

pecificada de sus bienes muebles e inmuebles.

Para asegurar cánones e indemnizaciones del arrendador en la demanda o antes de la sentencia, únicamente sobre muebles del inquilino.

Ejercitado el derecho cautelar preventivo en protección de específicos derechos de propiedad intelectual, científica y artística, se puede pedir escrito separado, como puede serlo en la propia demanda.

Intentando como pretensión procedimental autónoma para proteger concretos derechos de propiedad industrial y comercial, ha de serlo en el escrito respectivo que da al proceso cautelar.

En el recurso de revisión en la demanda o posteriormente antes de la sentencia, según de la redacción de la regla.

En todos los casos, salvo en el provisional de sucesión por causa de muerte y en el de declaración de quiebra, la petición correspondiente debe especificar los bienes materia del secuestro. Sin embargo, respecto de muebles se ha admitido la práctica de señalar solamente el sitio exacto donde se hallan a lo mejor por la dificultad de identificarlo, cuando no de saber qué clase de cosas se hayan en

el lugar. En todo caso, han de individualizarse necesariamente en el momento de la diligencia (C. de P.C. art. 76, último inciso y 682-2).

Contra cautela. En algunos supuestos, además se le exige al demandante o presunto demandante o simplemente peticionario de la cautela, asegurar los posibles perjuicios que con la medida a aquel contra quien le pide o a terceros, entonces, la providencia cautelar y naturalmente la seguridad no se decretaran ni practican mientras no se preste la garantía a satisfacción del juez.

Así ocurre en el proceso cautelar de patentes, dibujos y marcas comerciales (C. de Co. art. 568; segunda parte) en el ejecutivo singular pedido como preventivo (Código de Procedimiento Civil, art. 513, aparte octavo).

En el ordinario en que se discuten derechos reales sobre muebles no sujetos a registro²⁵.

²⁵Ibid., p. 147, 148, 149 y 150.

6. MEDIDAS CAUTELARES EN NORMAS DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En el capítulo anterior me referí ampliamente a la figura jurídica del secuestro de bienes, que sin lugar a dudas hace parte indiscutible del presente capítulo, esta separación solamente la hice con el propósito de resaltar la importancia y la naturaleza jurídica y material del secuestro, pero en forma alguna he pretendido crear una clasificación diferente a las ya establecidas y aceptadas por la doctrina de la corte, a través de sus jurisprudencias, y la doctrina en general; y lo mismo hice con el embargo como se verá más adelante.

6.1. NOCION

Las cautelas tienen su origen en el derecho romano, las cuales como hemos visto, miran por el interés del derecho de persona, por el derecho de bienes, por el derecho de obligaciones, por el derecho de familia, y por los derechos patrimoniales, que se deciden a través de los procesos civiles, laborales, penales, contencioso-administrativos, etc.

Con respecto a esta última, presentaré a estos principios elementales las medidas cautelares en su significación precisa de medios para asegurar "Derechos patrimoniales" haciendo que decisiones jurisdiccionales afecten a cualquiera que posteriormente adquiriera derechos reales sobre la cosa, o sacándola del comercio; de manera que su enajenación constituye objeto ilícito, a no ser se actúe con los requisitos específicos que lo permiten, ya sea en virtud de inscripción en el registro de instrumentos públicos por orden judicial, o entregando la cosa a un secuestro para asegurar el recaudo de los frutos y la debida administración de la cosa, comunicación al deudor la orden de abstenerse de pagar al acreedor, como al gerente de la compañía la no enajenación de acciones o intereses o partes y, en fin, muchas otras formas de aseguramiento.

De acuerdo con esta exposición generalísima de cautelas sancionadas "procedimentalmente" se encuentra: 1) la inscripción de la demanda, 2) el secuestro (del que ya se habló), 3) el embargo; 4) la guarda y aposición de sellos.

6.2. INSCRIPCION DE LA DEMANDA

6.2.1. Casos en que procede. a) En los procesos ordinarios (mayor, menor y mínima cuantía) en donde se ejerzan derechos reales principales o verse sobre el dominio de bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuen-

cia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes de cualquier naturaleza.

El código civil, define el dominio en el art. 669 así: "El dominio es el derecho real de una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno". Es decir, se discute en el proceso el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa sobre la cual ha de recaer la anotación, sin importar si la propiedad está desmembrada, pues en tales cosas, cuando se discutan tales derechos reales por separado es procedente la mencionada anotación de la demanda. Son derechos reales principales los que hacen parte del patrimonio de una persona y subsisten por sí mismos (C.C. 665). Siendo el principal el de dominio, el cual puede ejercer sobre el bien objeto del litigio ya absoluto o parcialmente, o de modo limitado. Los derechos principales que se tienen en forma parcial o limitada sobre los bienes son la nula propiedad, la propiedad fiduciaria, el usufructo, el uso o habitación, la servidumbre y la comunidad²⁶.

b) En los procesos ordinarios cuya demanda verse sobre indemnización de perjuicios causados "en casos muebles o inmuebles por accidente de tránsito".

²⁶MORALES MOLINA. Op. cit., p. 341.

Según el alcance literal del art. 690-6 del C. de P. C., hace pensar que, tratándose de demanda de indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito en persona únicamente no procede la cautela, pero como así mismo se supone, el propósito legal quizá permita pensar también que, el silencio pueda tomarse como una autorización tácita del autor de la norma a que este supuesto se adopte igual solución, siguiendo el viejo principio ubi cadem ratio, ibi idem jus.

No obstante el planteamiento que trae el tratadista García Sarmiento, no podemos olvidar la máxima del derecho que establece, "que cuando el legislador guarde silencio, no podemos, ni estamos facultados para llenar ese supuesto vacío, so pena de la violación de la ley sustancial".

c) En los procesos de deslinde y amojonamiento, servidumbre, expropiación y división de bienes comunes, según el art. 692 de la obra citada.

d) En el trámite del recurso de revisión, en cuanto se trate de sentencia dictada en proceso ordinario en el cual procediere la medida.

e) Finalmente, tenemos el caso del proceso de indemnización de perjuicios promovidos por el arrendatario cuando estima

que el dueño de locales comerciales ha incurrido en responsabilidad por incumplir los deberes que la ley le impone, inscripción que se refiere al inmueble respectivo que queda afecto al pago de la indemnización.

6.2.2. Oportunidad y trámite. La petición cautela de anotación de la demanda podrá efectuarse en el cuerpo de la demanda principal o por escrito separado con posterioridad sin que exista nada especial con respecto del proceso cautelar general, solo que la petición deberá individualizar los bienes que han de soportar la cautela aun cuando se reclame una universalidad de bienes, toda vez que el registrador deberá identificársele plenamente los bienes respectivos. "El registro de la demanda que ordinariamente hace el juez que conoce el litigio determina para el registrador de instrumentos públicos la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandada, y respecto de ella, se ha de considerar la especie en litigio (art. 42 de la ley 95 de 1980).

Para esta cautela no se necesita juramento pero es importante observar lo relativo a la caución o contra cautela.

Concluyendo podemos afirmar lo siguiente: El demandante únicamente tiene derecho a la medida cautelar de inscripción de la demanda como accesoria que es, y puede pedirla

1. En la demanda, o en escrito posterior como reforma de la demanda, para que se resuelva en el auto admisorio de ésta.

2. "En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de segunda instancia, pero en cuanto no haya sido negada por el a-qua.

3. En el recurso de revisión lógicamente antes de la sentencia, puesto que éste carece de alzada.

6.2.3. Requisitos. De conformidad con los planteamientos anteriores y de las disposiciones anotadas, se deduce que la viabilidad de la medida depende de lo siguiente:

a) Que se trate de un proceso ordinario (art. 690, 1-6 del C. de P.C.).

b) Que la acción verse sobre dominio u otro derecho real principal constituido en bienes muebles sujetos a registro, o inmuebles, o sobre una universalidad de bienes; o sobre indemnización de perjuicios causados en cosas muebles o inmuebles por accidente de tránsito.

c) O que el proceso sea de deslinde y amojonamiento, de servidumbre, de expropiaciones o de división de bienes comunes.

d) O que la demanda de revisión lo sea contra sentencia dictada en proceso ordinario en el que procediere la medida (art. 385, inciso 2º del C. de P. C.), naturalmente es necesario que el demandante la pida.

Como requisito de forma en la solicitud, incluida en la demanda como suele ocurrir, es indispensable especificar los bienes para efectos de evitar confusiones por el funcionario del registro y para que el oficio que el juzgado libre no haya duda alguna de cosas ni de personas.

Es básico para hablar de anotación de la demanda, la existencia de los registros públicos, para que se puedan cumplir todas las cautelas correspondientes a los literales anotados, que tiene una doble función: de registro y donde el público pueda consultarlos, estas oficinas de registro son:

1. Oficina de registro de instrumentos públicos.
2. Catania de puerto.
3. Oficina de registro aeronáutico nacional.
4. Oficina de registro de automotores (Instituto de Transportes y Tránsito de la localidad donde esté matriculado el vehículo).

6.2.4. Efectos. La inscripción de la demanda no saca los bienes del comercio, pero produce como consecuencia, una vez consumada, que cualquier adquirente de derechos reales sufra los efectos de la sentencia. De ahí que en el fallo favorable a las pretensiones del demandante deba el juez ordenar la cancelación de cualquiera de los derechos reales que se hayan constituido sobre los bienes después de la inscripción de la demanda, aunque en el expediente no haya constancia alguna de ser constitución.

Si el fallador lo omite, el demandante puede solicitar que por auto se ordene dicha cancelación, proveído que por no estar en lista de los apelables, carece de alzada. De todas, debe enviarse oficio al funcionario del registro para que proceda a las cancelaciones pertinentes. Si los bienes están ubicados en diversos círculos de registro, la comunicación se librará a todos.

6.2.5. Cancelación. Las causas que pueden originar la terminación de la cautela de inscripción de la demanda pueden ser de distinta índole:

1. Por solicitud del propio demandante puesto que es una garantía para proteger sus derechos.
2. Cuando el proceso termina normalmente y las pretensiones han sido falladas favorablemente, se cancela la ins-

cripción de la demanda, por cuanto se inscribe el fallo.

3. Por fracasar las pretensiones del demandante, caso en el cual la cancelación la ordenara el juez en el sentencia, y si no lo hiciere, una vez en firme, puede pedirla el demandado. Inclusive el juzgador podría de oficio ordenarla y solicitarla quien alegue un derecho legítimo.

4. Igualmente, procede la cancelación por la perención del proceso.

5. En todo caso de terminación anormal del proceso.

6. Por falta oportuna de notificación del auto admisorio de la demanda.

7. Con respecto a la inscripción de la demanda por perjuicios sufridos por accidentes de tránsito, se levanta además:

a) Por constitución de la caución que preste el demandado, caución que debe traer la misma finalidad que la inscripción: asegurar el pago de los perjuicios que reclama el demandante.

b) Si la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el accidente se extingue por cualquier causa o si el

demandante, habiendo obtenido fallo favorable desde luego no promueve la respectiva ejecución dentro del plazo que previene el art. 335.

7. EL EMBARGO

7.1. NOCION

El embargo constituye la cautela jurisdiccional de tipo patrimonial por excelencia ya que todas las legislaciones le han regulado tomando en cuenta los principios fundamentales elaborados por la doctrina, en ningún estudio de derecho procesal o especializado sobre el tema de las cautelas se le ignora y se le coloca como el centro de las diferentes clasificaciones que de éstas se dan, y de una u otra forma los códigos procesales la han consagrado.

El concepto jurídico tiene lógicamente, como base al lingüístico. Para el Diccionario de la Lengua Española EMBARGO, significa, en una de sus acepciones, retención traba, secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad competente. El embargo expresa el acto de embargo, que, según el mismo diccionario, es retener una cosa en virtud de mandamiento de juez competente, sujetarla a las resultas de un procedimiento o juicio.

El embargo no es más que la afectación de bienes a un proceso con diferentes finalidades, según la clase de proceso principal que se adelanta, es decir, le proporcionará al juez los medios necesarios para la eficaz ejecución de la sentencia. "Embargo es pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal"²⁷.

Lo que sí se puede dejar en claro desde ahora es que esta figura no es una propiedad exclusiva del proceso de ejecución, pues ella ha sido consagrada para diferentes clases de procesos.

7.2. NATURALEZA JURIDICA

En principio el acto de embargo es solamente jurisdiccional. puesto que es la ley la que atribuye al juez el poder para pronunciarlo en los casos taxativos en que ella lo autoriza.

Su naturaleza jurídica además comprende tres aspectos:

a) Es un proceso cautelar, no obstante ser un acto de tipo

²⁷ GUASP DELGADO, Jaime. Derecho procesal. 2a. Reimpresión. 3a. ed. Tomo 11. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 419.

procesal, como lo define gran parte de la doctrina, constituye algo más que un simple acto para su realización. Así tenemos que el embargo constituye un proceso y porque no decirlo, el proceso cautelar patrimonial tipo, es decir, es este el que marca la pauta en todas las legislaciones.

Son varios los actos que se requieren para configurar el embargo (petición), decisión, elección, contradicción, etc. por ello se confirma que estamos frente a la realización total del proceso cautelar.

El embargo es un acto jurídico complejo, como que empieza con la providencia que lo decretó y se completa con la inscripción en la oficina señalada por la ley, o con la notificación a persona determinada, o con la diligencia de secuestro cuando se trata de bienes corporales no sujetos a registro.

b) Es de tipo patrimonial. Los derechos patrimoniales hacen parte de los derechos subjetivos, al lado de los derechos de la personalidad o hermanos, y los derechos familiares. "Como su nombre lo indica son aquellos que se relacionan con el patrimonio económico de la persona. Tiene por fin la satisfacción de necesidades de la persona mediante la explotación de cosas del comercio.

El profesor GUASP ha llegado a la conclusión de considerar el embargo como un derecho de tipo real al cual le concurren sobre una cosa y hacerse valer frente a todos.

7.2.1. Bienes sujetos a embargo. Como quedó consignado en el punto anterior, por razón de la finalidad de la medida, objeto de embargo, no son sino los bienes patrimoniales y en cuanto la ley no los prohíba, como las excepciones de derecho en sí de alimentos que se deben por ministerio legal, los derechos de uso y habitación, etc. De ahí que resulte casi pueril, recalcar que los derechos extrapatrimoniales y las cosas objeto de uno de esos derechos son inembargables, y que el embargo es taxativo o restrictivo.

7.2.2. Finalidad del embargo. Siendo el embargo cautelar una medida de tipo patrimonial que recae sobre bienes y derechos, éstos se ven afectados en su disponibilidad ya que están vinculados a las resultas del proceso en que ha decretado y practicado.

La disponibilidad alcanza a cualquier acto de enajenación o gravamen de los bienes. La disponibilidad única permitida es la que realizará el juez a nombre del demandado y para la ejecución de la futura sentencia.

7.2.3. Efectos del embargo. El efecto del embargo es sacar los bienes del comercio o del régimen normal de disponibilidad.

De ahí que la ley exija como objeto ilícito la disposición o enajenación del derecho o del bien embargado, a menos que el acreedor consienta o el juez lo autorice.

Si hay objeto ilícito, el acto de enajenación es absolutamente nulo.

Sin embargo, se aprecia que la ilicitud del objeto no proviene de que contraríe el orden público o las buenas costumbres o porque sea acto inmoral, sino porque la ley protege el interés privado y patrimonial del acreedor (no podemos negar que nuestro derecho es eminentemente clasista y mercantilista). De ahí que introduzca salvedades en virtud de las cuales, no obstante la vigencia del embargo, el acto dispositivo es válido.

7.3. DEL EMBARGO PREVIO Y PREVENTIVO

Todo embargo tiene el carácter de preventivo, por cuanto es el medio de inmovilizar los bienes para asegurar el pago de una obligación.

Pero la ley prevé necesaria para una específica decisión o determinada actuación. Ese es el embargo que puede denominarse previo, por cuanto es preparatorio para la actuación o la providencia, aunque sin dejar de ser preventivo. Así aparece, por ejemplo, cuando para ejecutar la obligación de hacer, consiste en la suscripción de escritura pública o de otro documento contentivo del negocio jurídico de disposición respecto de bienes sujetos a registro o inscripción como modo de adquirir derecho real, es necesario que esté embargado el bien a que se refiere el título, para que pueda dictarse la orden ejecutiva.

La distinción entre embargo preventivo y embargo definitivo, no está más que en el momento en que se practica. Es preventivo el practicado antes de la ejecutoria del mandamiento de pago.

Es definitivo el practicado después de ese movimiento procesal, advirtiéndose que el preventivo se convierte en definitivo al quedar firme el auto de mandamiento ejecutivo.

7.3.1. Limitación de embargo y secuestro. Con el fin de evitar abuso, chantajes y coacciones, utilizados por abogados y funcionarios inescrupulosos, el art. 513 del C. de P. C., en sus incisos 5 y 6 regló lo referente a la limitación de la cuantía de los embargos y secuestros a lo necesario. Estas medidas son las siguientes:

a) Limitación de los bienes embargados hasta el doble del crédito, más las costas prudencialmente calculadas, excepto cuando el bien no se preste a su división porque se menque su valor económico o vanalidad, o se trate de un solo bienes gravados con hipoteca o prenda, los cuales garantizan el crédito.

b) Tratándose de dineros, señala la norma mencionada, que debe darse aplicación al numeral 11 del art. 681 de la obra citada, el cual indica que solo podrá decretarse el embargo por el valor del crédito más un cincuenta por ciento (50%) del exceso sobre éste.

El juez una vez se cerciore del monto de lo embargado en dinero en los diferentes Bancos y en la diligencia de secuestro, oficiosamente debe ordenar la reducción hasta el límite legal.

Al efectuarse la diligencia de secuestro, el juez debe limitar el monto de los bienes secuestrados hasta los límites legales, si el valor de los mismos es notorio, o se comprueba con facturas de compra, certificados catastrales o recibos de impuesto predial, libro de contabilidad o con otros documentos oficiales los cuales se exhiben en la diligencia, el valor de éstos²⁸.

²⁸CANOSA TORRADO, Luis Felipe. Introducción al estudio del proceso ejecutivo. Bogotá, 1980.

7.3.2. Levantamiento de embargos y secuestro. En nuestro nuevo estatuto de procedimiento civil, de inscrito, la medida que permite la cancelación de los embargos y secuestro, según se establece en el art. 513, inciso 7. Esta norma tiene como objeto evitar los abusos del derecho de embargo y secuestro, el fraude procesal y los chantajes cometidos en contra del ejecutado, generalmente la parte débil, y la más perjudicada con la práctica de estas medidas.

El juez oficiosamente o a la solicitud de parte, aunque esto último no se indicó en la norma está facultada para ordenar el levantamiento de los embargos y secuestros decretados hasta el momento en que se dicte el auto respectivo teniendo en cuenta los siguientes requisitos:

- a) Que hayan transcurrido tres (3) meses, los cuales se cuentan desde la fecha en que fue proferido el mandamiento ejecutivo.
- b) Que no se hubiere notificado el mandamiento ejecutivo a todos los demandados, dentro del término de los tres (3) meses.
- c) Que dentro del término de los tres (3) meses no se hayan hecho las publicaciones para el emplazamiento.

Con aceptación de la doctrina más generalizada y de todos

los tribunales de Distrito Judicial del país; los tres meses indicados en el inciso 7 del art. del C. de P. C. deben contarse a partir de la fecha de la diligencia de embargo y secuestro, y no a partir de la fecha en que se profirió el auto de mandamiento ejecutivo.

7.3.3. En el proceso ejecutivo. En la práctica, y donde indudablemente tiene mayor importancia el embargo es en las ejecuciones, ya que es el medio asaz indicado para asegurar el pago de la obligación de ahí que sea también él donde con mayor frecuencia deben establecerse los motivos de levantamiento del embargo, que en muchas ocasiones pueden significar de hecho la terminación del proceso, puesto que sin bienes embargados resulta iluso e inocuo continuar un proceso que carece de razón de ser, al no obtener su fin: Rematar fines para cancelar la deuda.

En el levantamiento del secuestro, se explicó que cuando se trata de cosa muebles, la aprehensión física de las cosas constituye el embargo, por consiguiente, levantado el secuestro en esos casos prodúcese el desembargo.

7.3.3.1. A solicitud del ejecutante. La petición del ejecutante no puede ser denegada por causas de que la medida haya sido practicada en pro de sus intereses.

Desde luego, no lo exonera de responder por los perjuicios que con ella hayan causado y por eso debe condenársele en ellos en el mismo auto en que se acepta su pretensión aunque la condena sea en abstracto.

Así mismo, por desistimiento de la acción ejecutiva, supuesto en que igualmente al ejecutante debe condenársele en los perjuicios, salvo que las partes convengan otra cosa.

7.3.3.2. A solicitud del ejecutado. Son varias las cosas en que por solicitud del ejecutado ya directamente encaminada a obtener el desembargo, obra como consecuencia de otra petición, el desembargo debe levantarse.

Como efecto directo su petición de reducción del embargo, de conformidad con la preceptiva del art. 517 del C. de P. C., solicitud que debe formular luego del avalúo de los bienes y antes de la ejecutoria del auto que decreta el remate, indicado específicamente los bienes cuyo desembargo pide.

b) Por solicitud del ejecutado de reconocerle el beneficio de competencia, de acuerdo con el art. 518 ibidem solicitud que debe formular dentro del término de ejecutoria del auto que corre traslado del dictamen de avalúo o de la ejecutoria del que rechace la objeción a dicho dictamen,

petición que se tramita como incidente, y el auto que lo resuelva es apelable en el efecto diferido.

c) Por ofrecer el ejecutado la caución en dinero o caución bancaria o de compañía de seguro, en los supuestos precisos de ley (C. de P. C. art. 519, inciso 2º y 3º).

7.3.3.3. De oficio. Son diversos los casos o situaciones en que el juez debe levantar el embargo en los procesos de ejecución, entre los más de ocurrencia, presento los siguientes:

a) Cuando respecto de bienes sujetos a registro, del certificado del funcionario competente aparece que los bienes gravados no son de propiedad del demandado.

b) En el evento del inciso 7 del art. 513 del C. de P. C. cuando se den las circunstancias allí previstas y el ejecutado no lo hiciera.

c) Cuando se trate de derecho de un tercero que demuestre por cualquier medio adecuado que el bien le pertenece, por ejemplo, el interés social embargado como del ejecutado o el crédito ya cedido o transferido por el ejecutado al momento de su embargo.

d) Cuando se presente el caso de un embargo practicado en otro proceso que, según la ley tenga prelación.

e) Cuando al practicar el secuestro el juez advierta exceso en el embargo, con fundamento en las pruebas que deduzca de su valor, reducción que no procede si hay embargo de remanentes.

f) Cuando al practicar el secuestro el juez conozca que son bienes inembargables (C. de P. C., art. 1677).

8. ANALISIS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE LOS
ARTICULOS 691 Y 692 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL

Me referiré en primer lugar al art. 691 del C. de P. C. "En los procesos de nulidad, divorcio del matrimonio civil, separación de bienes y liquidación de la misma sociedad conyugal", para esta clase de procesos se autoriza embargo y secuestro de bienes, tanto muebles como inmuebles que puedan tener el carácter de gananciales y se encuentran en cabeza del otro cónyuge; estas medidas tendrán vigencia hasta la ejecutoria de la sentencia, ha ordenado la liquidación. Nótese que el art. 691 no autorizó estas medidas para el proceso de separación de cuerpos.

La finalidad de estas medidas en estos procesos es impedir que los bienes sean ocultados, distribuidos o transferidos por uno de los cónyuges en detrimento de los bienes que concurren al respectivo inventario distribuido equitativamente. Estos bienes que integran la masa corren peligro por la mala fe en la mayoría de los casos, de uno de los cónyuges, la prueba de ello es que sobre los bienes sujetos

a registro se autorizó el embargo que produce efectos más rigurosos que el registro de la demanda, como son, sacar los bienes del comercio.

La ley para evitar el fraude a terceros, establece un término de tres meses para levantar en forma oficiosa el embargo de los bienes. Cuando ejecutoriada la sentencia para que se promueva el trámite de liquidación y se practiquen las notificaciones del auto admisorio de la demanda o las publicaciones respectivas a que hubiere lugar.

Esto con el fin de que los terceros puedan intentar otras medidas respectó a los mismos bienes. Como también evitar el abuso con el otro cónyuge. Estas medidas se pueden solicitar en la demanda o en cualquier momento del proceso.

La ley no restringe la oportunidad. Para los bienes inmuebles que se quiera embargo previ- a la notificación de la demanda deberá presentarse caución que responda por los perjuicios que se causen.

El tratadista Quiroga Cubillos, con respecto a los procesos ordinarios dice:

Quando se siga el trámite ordinario y verse sobre el dominio u otro derecho real principiapl constituido directamente, o como consecuencia de una pretensión distinta o sobre una universalidad de bienes

de cualquier naturaleza, sobre bienes no sujetos a registro (muebles), el juez, a petición del demandante, podrá decretar el secuestro de ellos. Este secuestro busca asegurar la entrega de los bienes si la parte demandante resultare triunfante y éstos no desaparezcan o se desmejoren en manos del demandado. Esta cautela puede ser tomada en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia de segunda instancia. Si el demandante pretende la práctica de la cautela antes de la notificación del auto admisorio de la demanda deberá prestar caución y hacer la solicitud en el momento de presentar la demanda en escrito separado²⁹.

Frente al art. 692, procederá también la inscripción de la demanda en los procesos de deslinde y amojonamiento, servidumbre, expropiaciones y división de bienes comunes, para tal efecto se deben aplicar los num. 1, 2, 3 y 4 del art. 690.

En estos procesos especiales, se tiene que acompañar una serie de requisitos especiales que irán impresos en la demanda, la cual expresará los linderos, como también un certificado del registrador sobre el dominio de los linderos, como también un certificado del registrador sobre el dominio de los predios del demandante y el demandado. Si es expropiación los derechos reales constituyen sobre ellos por un período de veintidos años si fuera posible. Si es un poseedor, éste deberá presentar prueba siquiera sumaria de su posesión por más de un año. Y el certificado del re-

²⁹QUIROGA XUBILLO. Op. cit., p. 145 y 146.

gistrador acerca de que no figura como titular del derecho real inscrito. Se necesita la inscripción de la demanda es con el propósito de que quien llegue a adquirirlo durante el proceso, puede en relación procesal que le aproveche o perjudique la sentencia.

9. CONCLUSIONES

Antes de presentar mis conclusiones sobre tan importante tema materia del derecho, quiero de antemano dar mis disculpas por cualquier error de interpretación o metodología en la conformación de este estudio, que ha sido el fruto de mi abnegada dedicación por mi amor a la justicia y a la carrera del Derecho.

Muy a pesar de que las medidas cautelares o simplemente "cautela", fueron conocidas en el Derecho Romano, y que han pasado a todas las legislaciones nacionales y extranjeras, ocupándose de ellas en forma más técnica y sistemática, no por eso le han dado la denominación y el tratamiento adecuado que las haga más efectivas, de tal suerte que se mantenga el equilibrio y la justicia social, donde no hayan ventajas en detrimento de las partes y de los terceros a nivel de los procesos y por fuera de ellos.

Aunque bastante es lo que se ha logrado, también es mucho lo que falta, pues esas medidas antes preventivas, hoy cautelares, están todavía dispersas en los códigos de enjuici-

ciamiento, civil, de comercio, policivo, etc, llegará el momento en que con todas las medidas cautelares se deba organizar una parte específica del C. de P. C., que regula la interdicción provisoria, los relacionados con los bienes, como la suspensión de obra nueva y la destrucción de obras ruinosas; los que se refieren al derecho de obligaciones, como el arraigo del quebrado, la suspensión provisoria de actos y asamblea justa de socios, los que afectan a los cónyuges, como la separación provisoria de éstos; los procesos de tipo patrimonial, medidas cautelares sobre menores de edad. No obstante el libro cuarto, título XXXIV cautelares en el C. de P. C.

BIBLIOGRAFIA

- ALSINA, Hugo. Tratado teórico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 2a. ed. Tomo 5. p. 451.
- ALVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano. Bogotá: Pluma, 1979. p. 274.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Meledón (De la 2a. edición italiana). Buenos Aires: Jurídica Europa-América. Vol. 10. p. 81.
- CUENCA, Humberto. Proceso Civil Romano. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1957. Num. 131. p. 119.
- GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas Cautelares, Introducción a su estudio. Bogotá: Librería El Foro de la Justicia 1981.
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Barcelona: José María Bosch, 1956.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Editorial Temis, 1960 y 1987.
- PODETTI J., Ricardo. Tratado de las Medidas Cautelares de

Derecho Procesal Civil, Comercial, Laboral. Tomo 4. 2a. ed.

QUINTERO MURO, Gonzalo. Medidas Preventivas en el Derecho Procesal Civil. 2a. ed. Bogotá: Fabretón, 1979.