

**MEDIDAS CAUTELARES Y PERJUICIOS A
TERCEROS INCIDENTALISTAS**

**LIRA MARIA INMANCULADA AMAYA GUERRA
ALFONZO RAUL ARTUZ SUAREZ
YOLANDA ELENA MATTS PEREZ**

**Ensayo presentado para optar al Título de:
ABOGADO**

Asesores:

**ALVARO ACOSTA GUERRERO SOCIOLOGO
RICARDO CAMACHO ABOGADO
SIGFRIDO NAVARRO ABOGADO
MARTHA VILLADIEGO ABOGADO**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
MODULO DE CIVIL
BARRANQUILLA
1.996**

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION

1.	REFERENCIA HISTORICA AL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	5
1.1.	CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	7
1.2.	RAZON DE SER DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, SU NATURALEZA	8
1.3.	CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	11
1.4.	MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO	14
1.5.	EL EMBARGO	15
1.6.	EL SEQUESTRO	17
1.7.	EL REGISTRO DE LA DEMANDA	18
1.8.	PERJUICIOS O TERCEROS INCIDENTALISTAS	19

CONCLUSION

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos con mucho cariño al equipo de profesores que nos preparó en los módulos en el área de Cil para que pudieramos realizar nuestras metas académicas.

Gracias, gracias, muchas gracias.

DEDICATORIA

A la memoria de mi madre, al esfuerzo de mi hermana y mis tías para que pudiera concluir mis estudios.

LIRA MARIA INMACULADA AMAYA GUERRA

Doy gracias a Dios por la culminación de mis estudios y al empeño de mi esposa y mis padres por convertirme en un profesional, le dedico este ensayo a VANNESA PAOLA.

ALFONZO RAFAEL ARTUZ SUAREZ

Doy gracias a Dios, y a mi esposo por este gran esfuerzo para poder concluir mis estudios en unión de mis pequeños hijos.

YOLANDA ELENA WATTS PEREZ

INTRODUCCION

La parte especial de este ensayo es estudiar las medidas cautelares y perjuicios a terceros incidentales.

Los conceptos generales sobre medidas cautelares y la importancia de su carácter real: Embargo y Secuestro y Registro de la demanda y ver al tercero incidentalista como se vincula a un proceso o con o sin tener culpa al mismo.

Al hablar de medidas cautelares tenemos que hacer referencia a la historia, el concepto, la razón y la naturaleza jurídica de las mismas y sus características para poder saber el porque se dan las medidas cautelares en un proceso y como se vincula un tercera incidentalista al proceso.

Queremos demostrar porque el tercero incidentalista en nuestra legislación se encuentra desprotegido? Ya que

no existe un mecanismo eficaz, está la oposición, pero siempre resuelve el superior y en este lapso de tiempo se ocasiona los perjuicios, los cuales nunca son de satisfacción al tercero incidentalista.

1. REFERENCIA HISTORICA AL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Quienes se han ocupado del tema Medidas Cautelares consideran que Instituciones Romanas como la Manus Iniectio o la Pignoris Capio, son antecedentes bien de la ejecución forzosa, bien de la Medidas Cautelares según el enfoque que se quiera dar.

La Manus Iniectio "Es la aprehensión material que el acreedor o executor hace de su deudor o de su ejecutado.

Esta acción cuyo procedimiento en muchas partes se confunde con la justicia por sí misma no puede recaer, sin embargo, sino sobre la persona del deudor, llamada Iudicatus cuando ha sido condenado al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre bienes del deudor. Cuenca¹

¹ CUENCA, Humberto, Proceso Civil Romano; Buenos Aires, E.J.E.A, 1.975, Pág.45.

Tal estado de cosas que llegaba inclusive a un poder sobre al vida del deudor² MORA evolucionó posteriormente hacia la búsqueda de garantías no en la persona del deudor sino de sus bienes, en forma similar a como hoy existe y es así como estructura la Pignoris Capio de la cual se han conservado muy vagos antecedentes.

"Pignus Capere significa tomar una cosa del deudor en garantías del propio crédito, y este es un dato seguro, pero después no se explica que se hacía con ella", parece que se retenía la cosa a título de pena y sólo mediante el pago se podía rescatar la misma, según SCIALOJA³.

En la legislación española, los siete partidos hablan con toda precisión del secuestro. Ya en las modernas y contemporáneas codificaciones es común la regulación de las Medidas Cautelares con algunas diferencias de detalle, que obedecen especialmente al deseo de innovación y pretensión de tipificar nuevas medidas, pero en general se trata de temas desarrollados de manera similar en las diferentes legislaciones.

² MORA, Nelson. Proceso de Ejecución, Bogotá, Editorial Temis, 1972, Pág.417.

³ SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento Civil, Buenos Aires, E.J.E.A., 1.975, Pág.154.

1.1. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR:

Según Santiago Fassic⁴ se habla de "Providencias Cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, medidas cautelares, acciones preventivas", y agregamos también de acciones cautelares y pretensiones cautelares, expresiones con las que se hace referencia a aquellas providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tome dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada.

La Medida Cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia un proceso o se adelanta. Es frecuente el equívoco de pensar que ellas sólo se

⁴ FASSIC, Santiago. Código Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Editorial Azteca, 1.971, Pág.329.

predican sobre bienes, pero idéntica es su naturaleza jurídica cuando la Institución recae respecto de personas.

Son Medidas Cautelares tanto el embargo de un bien común como el depósito de menores en manos de los padres o de un tercero, la orden de internamiento del demente que ocasione peligro a la comunidad, o la interdicción provisional del presunto pródigo. En todos ejemplos la finalidad es idéntica: asegurar que los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad.

La finalidad que cumplen ciertas pruebas anticipadas que puedan solicitarse para futura memoria de hechos o situaciones susceptibles de evolucionar o desaparecer con el transcurso del tiempo, por ejemplo: con la inspección judicial anticipada para establecer el alcance de unos daños.

1.2. RAZON DE SER DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, SU NATURALEZA JURIDICA:

La doctrina, cree encontrar en las Medidas Cautelares un claro desarrollo del principio de igualdad o equilibrio procesal; con visión más restringida, hay quienes hablan

de que tienen por finalidad asegurar al ejecución del fallo correspondiente, y; otros, del ejercicio de un derecho de supremacía que corresponde al Estado. Las Medidas Cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles; por cuanto, REDENTI⁵ lo explicó que de poco servirán las decisiones judiciales. "Si entre tanto se han escapado los bueyes".

Según CARNELUTTI⁶ el fin de las Medidas Cautelares es evitar "Aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que puedan derivar de la duración del proceso", opinión que sigue FASSI al decir que "todas la Medidas Cautelares se hallan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo".

W. KISCH⁷ propone "impedir que la ejecución futura se

⁵ REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil, Tomo II, Buenos Aires, E.J.E.A., Pág.243.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal, Buenos Aires, E.J.E.A., Pág.415.

⁷ KISCH, W. Elementos de Derecho Procesal Civil, 2ª Edición, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1.940, Pág.315.

dificulte, por medio de la sujeción de los bienes del deudor y en casos extremos hasta de su persona".

De estas posiciones adoptamos la del equilibrio procesal, consagrada en la codificación colombiana en el artículo 37, núm. 2º que dice: Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. Las Medidas Cautelares aseguran, que quien recurre a la justicia podrá mantener durante el transcurso del proceso un estado de cosas similares al que existía cuando su demanda, y obtener una adecuación y pronto restablecimiento de los derechos que se le han sido reconocidas.

La idea de que las Medidas Cautelares se han instituido en beneficio exclusivo de la parte acreedora es equivocada, COUTURE⁸ explica: cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro, no sólo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción no funciona en uti singulo sino en uti civis. Las decisiones se dirigen más a defender los

⁸ COUTURE, Eduardo J. Estudio de Derecho Procesal, Tomo I, 2ª Edición, Buenos Aires, De Palma, 1.978, Pág.254.

derechos subjetivos a garantizar la eficacia y, la seriedad de la función jurisdiccional el imperium iudicis.

La Medida Cautelar, por su carácter inminentemente accesorio e instrumental, sólo busca reafirmar el cumplimiento del derecho solicitado por el demandante e impedir para él más males de los que por sí le ha ocasionado el demandado al constreñirlo a acudir a la administración de justicia.

El carácter de la Medida Cautelar es evidente en los eventos en que recae sobre las personas, donde la necesidad de practicarla no solamente asegura un adecuado cumplimiento del fallo sino que garantiza a las partes y a la sociedad su tranquilidad jurídica.

1.3. CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

Las características de las Medidas Cautelares son las siguientes:

a. Por regla general constituyen un acto jurisdiccional por cuanto se cumple con ella una función esencial del

proceso; asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez.

b. Son instrumentales ya que por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado su proceso.

c. Son provisiones y como máximo perdurarán lo que subsista el proceso al cual acceden. Terminado la medida necesariamente deja de tener efecto y sólo en casos taxativamente determinados por el legislador se permita que una Medida Cautelar que ha surtido efectos dentro de un proceso pueda continuar vigente en otro, como en el embargo y secuestro dentro del proceso de restitución de tenencia por arrendamiento que pueda cumplir sus fines en el ejecutivo, o con el secuestro en la diligencia de entrega que pueda mantenerse dentro del reivindicatorio o posesorio que se adelantará cuando triunfa la oposición de un tercero.

d. Son taxativas, se encargan no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, requisito que no se puede confundir con el de que sean o

no nominativas, porque también en el evento de que permiten las Medidas Cautelares que el juez estime pertinente operar la taxatividad entendida en el sentido de que siempre una norma debe contemplarlas de antemano.

e. Son reales, recaen, personales y probatorias.

Las reales, recaen sobre bienes que son objetos de litigio, ejemplo: cuando se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda.

Las personales, se refieren a las personas que son parte dentro de un proceso o que están vinculadas al mismo, ejemplo: cuando se autoriza la residencia separada del cónyuge de mandante en juicio de divorcio, disponer la custodia provisional de los hijos dentro del mismo proceso.

Los probatorias, se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, la doctrina no se muestra pacífica, considera que si estas pruebas sirven para mantener un estado de cosas y servirán para otro proceso, no es errado ubicarlas en esta categoría.

LIEBMAN⁷ explica que "Las Acciones Cautelares son típicas y no pueden pedir Provincias Cautelares diversas de las expresamente establecidas por la ley, ni en casos diversos de aquellos para cada uno de ellas previstas". Pero advierte una excepción y lo fundamenta en el artículo 700 del Código Italiano, vislumbra la posibilidad de Medidas Cautelares innominadas, lo cual no constituye excepción a esta característica por que si una norma permite la Medida Cautelar innominada, está ceñida a la taxatividad que sólo el juez tiene amplitud para determinar, ese caso previsto.

1.4. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO:

Nuestro Código optó por no consagrar el Proceso Cautelar como un tercer género de proceso contencioso, razón por la cual no existe ninguna referencia legal del mismo, aquí se regulan las Medidas Preventivas como una institución de carácter general aplicable a todos los procesos, pero el libro IV sólo trata de las Medidas Cautelares reales, o sea las que se practican respecto a los bienes del deudor con el específico fin de buscar que no sea ilusoria la sentencia que se dicte en el proceso al cual acceden.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, E.J.E.A, 1980, Pág.163

Las Medidas Cautelares personales están desarrolladas en diversos procesos y han debido quedar dentro del título dedicado al desarrollo legal de lo que son, es decir, Medidas Cautelares donde se hubiera evitado la repetición innecesaria que se observa especialmente en los procesos de familia.

En nuestro Estatuto Procesal Civil, las Medidas Cautelares que recaen en los bienes son: embargos, secuestro, registro de la demanda guarda oposición de ellos.

En las Medidas Cautelares personales no ocurre así, como en el proceso de interdicción del demente, que permite al juez tomar las decisiones que estime pertinentes.

1.5. EL EMBARGO:

De todas las Medidas Cautelares el embargo es la más importante por lo efectiva.

El embargo es un acto jurídico por excelencia, encaminada a colocar un bien fuera del comercio en forma tal que una vez practicado logra la inmovilización en el

mundo de los negocios jurídicos, por cuanto existirá objeto ilícito en la enajenación o gravamen del bien embargado mientras está afectado por la Medida.

La naturaleza jurídica del embargo muchas son las teorías, destacamos la de GUAS P.¹⁰ quien considera un acto procesal "y más precisamente un acto de instrucción que se refiere a un proceso de ejecución, dentro del que se integra", tiene la categoría de "un derecho real de carácter procesal, una protestad real que el juez adquiere sobre ciertos bienes, un derecho real embargante que no puede exceder, ni hacerse valer fuera del ámbito del proceso en que se obtiene".

ROCCO¹¹ rechaza la teoría de GUASP en cuanto a que estima que el embargo debe operar en todo tipo de proceso en que requiera el aseguramiento.

En el derecho vigente el embargo cabe en los procesos como el ejecutivo, divorcio, o un ordinario por responsabilidad luego de la sentencia de primera

¹⁰ GUAS P. Jaime. Derecho Procesal Civil, 3ª Edición, Tomo I, Madrid, Edición Hergón, 1.968, Pág.420.

¹¹ ROCCO, Ugo. Tratado, Ob, Cit; Tomo IV, Pág.178-179.

instancia si es apelada y nadie discute que estos últimos tienen carácter de contencioso cognoscitivos.

1.6. EL SEQUESTRO:

El secuestro como Medida Cautelar es autónomo del embargo y con efectos jurídicos bien diferentes en la legislación colombiana, por cuanto no pone los bienes fuera del comercio; la única Medida Cautelar que tiene tal consecuencia por disposición legal, es el embargo, y en cuanto el embargo queda perfeccionado mediante una diligencia de secuestro, los bienes pasan al campo de la indisponibilidad.

Sólo el secuestro como Medida que perfecciona el embargo tiene el poder jurídico. Si el embargo no está precedido de una orden de embargo, y si el secuestro se decreta a secas, es una Medida Cautelar para asegurar el resultado de un juicio, pero no coloca los bienes fuera del comercio y no tiene restricción comercial.

El efecto del secuestro es muy variado según se tome como Medida Autónoma, como el secuestro de bienes en juicio ordinarios que versa sobre derechos reales

radicados en inmuebles, o cuando se practica como Medida Cautelar en el proceso de sucesión o en el proceso divisorio.

El secuestro actúa como Medida Complementaria del embargo, por sí solo, ya ha cumplido su finalidad.

El embargo y el secuestro es una Medida de Aseguramiento provisional, nunca definitiva.

1.7. EL REGISTRO DE LA DEMANDA:

Esta Medida Cautelar es real, que busca asegurar, respecto de bienes sometidos a registros, vinculados al proceso sin que salgan del comercio y que opera taxativamente en casos dispuestos por la ley.

La esencia de esta medida es que una vez decretada y anotada en el registro, si existe cambio en la titularidad de los derechos reales sobre los bienes, especialmente el de dominio, el adquirente queda vinculado al proceso así no haya estado la demanda inicialmente dirigida en su contra, sin necesidad de ninguna citación especial por ser la sentencia oponible

al mismo al presumirse de derecho que si realizó negocios respecto al bien, luego de registrada la demanda tenía que conocer la existencia del proceso y aceptar las consecuencias de la misma y sus derivaciones.

1.8. PERJUICIOS O TERCEROS INCIDENTALISTAS:

Uno de los casos en que es sabido se hace patente la existencia de una causa extraña con las secuelas, precisamente cuando el hecho dañoso por el cual se demanda reparación se le es imputable a un tercero de modo exclusivo. Ya que el al administrarse por esta vía el nexo causal entre el perjuicio y la acción del presunto ofensor, queda borrada la autoría jurídicamente atribuida a este último.

No podrán entenderse a plenitud los elementos que se requieren para que pueda surgir y hacerse exigible la responsabilidad.

No podemos olvidar que el hecho del tercero, alegado para contrarrestar la presunción que se desprende de la prueba de haberse causado un daño por motivo de una

actividad peligrosa, tiene que practicar las medidas de los caracteres propios.

Juridicamente no es cualquier hecho e intervención de tercero lo que constituye la causa de exageración de responsabilidad, es necesario, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación exclusiva e inmediata con el daño causado, en la cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil.

Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad, no hay duda de la capacidad exonerativa que corresponde a la intervención del tercero, pero se ve claramente como causa exclusiva del perjuicio.

Pero es distinta la situación cuando la culpa de un tercero interviene en la realización del daño, no como causa exclusiva, sino como concurrencia con la culpa del demandado.

Al resolver la cuestión de si el hecho del tercero puede llegar a hacer las veces de la fuerza mayor en el ámbito de la responsabilidad, hay que excluir que el hecho de un tercero no es la causa exclusiva de la culpa del demandado la acción de responsabilidad.

La intervención de un tercero tenga los alcances plenamente liberatorios fueron reconocidos para exonerar de toda responsabilidad, son las siguientes:

- a. Debe tratarse de un hecho de una persona por cuya obra no sea responsable.
 - b. El hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado, porque si era evitable y no se tomaron las Medidas convenientes para eliminar el riesgo, la imputabilidad a ese demandado es indiscutible.
 - c. El hecho del tercero tiene que ser causa exclusiva del daño, el cual no es necesario recabar de nuevo sino únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por tener el resarcimiento a la cuenta del tercero, y no del ofensor presunto.
-

El empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, simultáneamente con la demostración de la mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquellas. De manera que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación.

Es verdad que se otorga a la parte favorecida con el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, por eso debe demostrar los requisitos comunes a esta responsabilidad. No es admisible con la consagración legal de esa condena el legislador establece una presunción de un daño, sino que está sujeta a la comprobación por parte del interesado.

Los perjuicios aludidos como quiera que en éste sería forzoso acreditar la existencia de los mismos para que pudiera entrar en el concepto de daño indemnizable.

El legislador, impuso al juzgador el deber jurídico de condenar al demandante a pagar al demandado triunfante en las excepciones, los perjuicios sufridos como ocasión de las Medidas Cautelares decretadas y practicadas a peticiones del primero, perjuicios cuya liquidación.

La legislación procesal civil, ni antes ni ahora restringió en manera alguna el derecho del perjudicado con Medidas Ejecutivas practicada en un proceso adelantado en su contra.

CONCLUSION

Vemos como en el transcurso de un proceso se vincula a un tercero incidentalista y los perjuicios que con lleva el mismo, al cual fue vinculado con o sin justa causa y tiene que demostrar que la posesión quieta y pacífica de los bienes que se encuentran en litigio. También encontramos que se encuentran desprotegidos por la ley y el legislador deja un vacío que se tiene que llenar para favorecer al tercero incidentalista para que no tenga que hacerse otro proceso para que se le devuelvan sus bienes que han sido secuestrados.

También queremos que nuestra legislación amplíen las normas existentes en Medidas Cautelares de forma que al momento de querer vincularlos a un tercero, existente mecanismos para que este pueda defenderse, sin llegar hacer parte en un proceso, en donde a pesar de utilizar al "oposición" que es el único mecanismo que tiene y

debe seguir demostrado que esos bienes son de su posición quieta y pacífica y de esta forma injustificada y seguir las Medidas de prueba ordenadas por la ley.

¿Cómo es posible que tan antigua que es la Medida Cautelar, en nuestra legislación colombiana no se haya dado mecanismo para reformar en su totalidad la figura del tercero incidentalista.

Se debe tener en cuenta que no es justificable que si el tercero incidentalista se vea en la obligación de pagar cauciones equivalentes en salarios mínimos y cuyo valor es superior a los bienes embargados.

Se debe tener en cuenta únicamente la oposición que se llega a presentar en el momento de la diligencia del embargo.

Así de esta forma se le abrevie la intervención accidental al tercero allegado a cualquier proceso ejecutivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Sexta Edición, Tomo I: Parte General, Editorial ABC, Bogotá 1.993.

Jurisprudencia y Doctrina. Revista mensual, Tomo XXI Nº 252, Bogotá Colombia, Editorial Legis, Diciembre de 1.992.

Jurisprudencia del Código del Procedimiento Civil, Editorial Legis, Envío Nº 25, Agosto 1.994.
