

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ESTATUTO PROCESAL CIVIL
COLOMBIANO

JOSE LUIS AGAMEZ TUIRAN

Trabajo de Grado presentado como requi-
sito parcial para optar el título de:
Abogado.

Director: Dr. JUAN PABLO ARRIETA
GUERRA.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987



034349

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DR#0836

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

T
347-0J 861
A.259

Nota de Aceptación

Barranquilla , Octubre de 1.987

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a :

Al Sr. Rector : Dr. José Consuegra H.

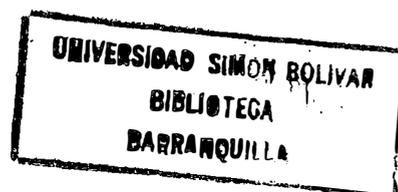
Al Decano : Carlos Llanos S.

Al Secretario General : Rafael Bolaños M.

Al Director del Consultorio Jurídico : Antonio Spirko C.

Al Dr. Juan Pablo Arrieta G. , Presidente de Tesis y Profesor de la Universidad Simón Bolívar.

Agradezco también a mis profesores, hermanos , familiares , amigos y todas aquellas personas quienes con su conocimiento, confianza, aliento y ayuda contribuyeron al logro de mis aspiraciones profesionales .



DEDICATORIA

A mis padres :

Adolfo Agámez y Martha Tuirán ;

Dedico este triunfo , a personas que
me han apoyado constantemente y
que hoy con satisfacción ven cum-
plido sus esfuerzos y deseos .

A quienes admiro y quiero mucho .

Juan Pablo Arrieta Guerra

ABOGADO

Calle 39 No. 41-72 - Oficina 3-E
Tels.: Of. 311-440 - Res. 355-925
Barranquilla-Colombia

Gloria Arroyo de Arrieta

ABOGADA

Barranquilla, Octubre 27 de 1.987

DOCTOR

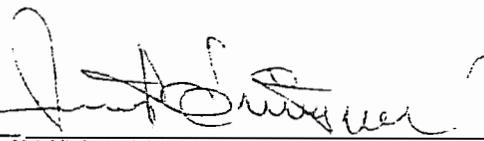
CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
La Ciudad.

Respetado Doctor:

Al haber sido designado Director de la Tesis de grado titulado "LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ESTATUTO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO", cuyo trabajo ha presentado el egresado señor JOSE LUIS AGAMEZ TUIRAN, identificado con Cédula de Ciudadanía número 15.666.343 de Planeta Rica, me permito expresar que en su desarrollo pone de presente interés e investigación, haciendo un análisis de los diferentes aspectos a que se refiere el tema escogido.

Por tal motivo la tesis elaborada por el señor JOSE LUIS AGAMEZ TUIRAN puede aceptarse dentro de las exigencias académicas fijadas por la Universidad y en consecuencia fijársele la fecha del examen de sustentación para el día que el señor decano le señale.-

Atte.,



JUAN PABLO ARRIETA GUERRA.

DIRECTOR DE TESIS

DR
0836

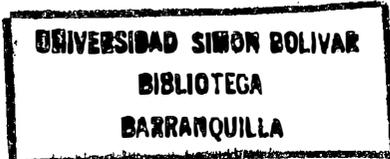
TABLA DE CONTENIDO

4034349

Pág.

INTRODUCCION

1.	EVOLUCION HISTORICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	3
1.1	EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY	4
1.1.1	El Procedimiento de las Acciones destinadas a Reconocer un Derecho	4
1.1.1.1	La Primera Fase	5
1.1.1.2	La Segunda Fase	6
1.1.1.3	La Litis Contestatio	8
1.1.2	El Procedimiento Ejecutivo	9
1.1.2.1	La Legis Actio Per Manus Iniectionem	10
1.1.2.2	La Legis Actio Per Pignoris Capionem	10
1.2	EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO	11
1.2.1	Las Condiciones de Existencia	11
1.2.2	La Construcción de sus Fórmulas	13
1.2.3	Las Partes En el Proceso	16
1.2.4	El Proceso Civil	16



1.3	EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO	22
1.4	EL DERECHO GERMANO	24
1.5	EL PERIODO COMUN	24
2.	LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO	26
2.1	LA RAZON DE SER DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, SU NATURALEZA JURIDICA	28
2.2	CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	32
3.	MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO CAUTELAR	35
3.1	MEDIDAS EJECUTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES	39
3.2	CARACTERISTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR	40
3.3	REQUISITOS PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES	43
4.	GENERALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	47
4.1	CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	49
4.1.1	Las Medidas Cautelares Reales	49
4.1.2	Las Medidas Cautelares Personales	50
4.1.3	Las Medidas Cautelares Probatorias	51
4.2	EL EMBARGO	51
4.2.1	Naturaleza Jurídica del Embargo	52
4.2.2	Práctica del Embargo	55

4.3	EL SECUESTRO	70
4.3.1	Oposición al Secuestro	74
4.3.1.1	El Demandado	74
4.3.1.2	Oposición de un Secuestre	76
4.3.1.3	Oposición del Tenedor	76
4.3.2	Oportunidad para oponerse al Secuestro	78
4.3.3	Práctica del Secuestro	79
4.4	LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	90
4.4.1	Levantamiento en favor del Ejecutado	90
4.4.1.1	Por Depósito en Dinero	90
4.4.1.2	Mediante Caucción Bancaria o de Compañía de Seguro	93
4.4.1.3	Por Falta de Notificación del mandamiento Ejecutivo, cuando las medidas Cautelares tienen la calidad de Previas	98
4.4.1.4	Por abandono	104
4.4.1.5	Si lo pide quien solicitó la medida	105
4.4.1.6	Por terminación del Proceso	106
4.4.1.7	Por Remate	107
4.4.2	Levantamiento de las Medidas Cautelares en favor de Terceros	108
4.5	LEVANTAMIENTO DEL SECUESTRO	108
4.6	LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO	113
4.6.1	La Directa	113

4.6.2	La Indirecta	116
4.7	DESEMBARGO EN OTROS PROCESOS DISTINTOS DEL EJECUTIVO	118
4.8	EL REGISTRO DE LA DEMANDA	119
5.	EL REGIMEN DE LAS CONTRACAUTELAS	122
5.1	LAS CAUCIONES	126
5.2	LA NO CORRESPONDENCIA ENTRE LA CAUTELA Y LA CAUCION	129
5.3	DETERMINACION DE LA CLASE DE CAUCION QUE CORRESPONDE	130
5.4	CASOS EN QUE OPERA LA CAUCION EN LA MODALIDAD DE POLIZA JUDICIAL	131
5.5	LA EFECTIVIDAD DE LAS CAUCIONES OTORGADAS POR EMPRESAS DE SEGUROS	135
5.5.1	Requisitos para que surja la responsabilidad de la aseguradora Garante	135
5.5.2	Cobro de la Caución otorgada en Proceso Ejecutivo	137
5.5.2.1	Exigibilidad de la Obligación a cargo de la asegura- dora Garante dentro del mismo Proceso de Ejecución	144
5.5.2.2	Las excepciones dentro de esta especial clase de Ejecución	147
5.5.3	La Ejecución para el cobro de cauciones expedidas para Procesos diversos al de Ejecución	149

5.6	LA PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES CONTRA LA ASEGURADORA FRENTE A LA POLIZA JUDICIAL	151
6.	CONCLUSIONES	156
	BIBLIOGRAFIA	160

INTRODUCCION

Nuestro Estatuto Procesal Civil regula en su libro, IV lo concerniente a las medidas cautelares y en sus artículos 678 a 692 las cautelas y contracautelas.-es decir ; las medidas preventivas y cauciones, temas que constituyen, un aspecto propio de la parte general de un Código de Procedimiento por ser aplicable a las más disímiles actuaciones judiciales, si bien es cierto que donde con mayor frecuencia se utilizan es en los procesos de ejecución y algunos ordinarios .

El problema de la morosidad en la administración de justicia agravada en Colombia por falta de implantación del principio de la oralidad y para estos tiempos problemas del orden público que tienen paralizado los procesos judiciales en un gran porcentaje, es precisamente una buena justificación para que se instituya el régimen de las cautelas y contracautelas en todas las actuaciones judiciales.

Además contribuye para evitar los desastrosos efectos del problema mencionado, puesto que un adecuado régimen sobre esta materia atempera los efec-

tos nocivos del excesivo transcurso del tiempo dentro de las actuaciones judiciales y contribuye para restablecer la credibilidad en la administración de justicia y a que los asociados concurran al Estado con el convencimiento no solo de que se le resolverán sus controversias sino que la decisión se podrá cumplir.

Me identifico plenamente con la tesis planteada por el Dr. Hernan Fabio López Blanco, en cuanto a que es partidario de que se amplien las medidas cautelares a todos los procesos, especialmente los declarativos, naturalmente con la consiguiente exigencia de una contracautela que evite el abuso y restablezca el equilibrio procesal que, de no existir estas últimas se quebrantaría.

Sí así sucediera se evitaría que se realicen por parte del demandado actos en orden a insolventarse para hacer ilusorios los efectos del fallo judicial, a la vez que se asegura el pago de los perjuicios que tales medidas pueden ocasionar.

La caución prestada por parte del demandante o solicitante de la medida cautelar se justifica puesto que garantiza los perjuicios que se puedan ocasionar con aquellas cuando no le asista la razón a quien la solicitó.

1. EVOLUCION HISTORICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El proceso civil en la antigüedad a pasado por diferentes etapas que corresponden a los diferentes sistemas y con ellos las medidas cautelares. En efecto tales etapas están constituidas por el derecho Romano, el Germano y luego el común, resultado de la difusión de los principales fundamentos que caracterizaron a aquellos, actualmente en vigor, aunque ya informado por los criterios que distinguen la tendencia actual, calificada como socialización del proceso.

Desde las XII Tablas, en el V siglo antes de Cristo, hasta la época de Diocleciano en el tercer siglo después de Cristo, los derechos de los demandantes existían judicialmente por intermedio de las solemnidades procesales. De este formalismo procesal nacieron los distintos tipos de procedimiento, correspondiente a etapas en el desarrollo del derecho romano.

A continuación se estudian los tres tipos de procedimiento :

- Las Acciones de la Ley
- El procedimiento formulario



- El procedimiento extraordinario.

1.1 EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY

El procedimiento de las acciones de la ley o legislaciones, incluía dos clases de acciones. Un grupo de cuatro acciones que tenían por objeto el reconocimiento por el demandado de un derecho del demandante:

- a) La acción de la Ley por juramento relativo a una cosa (Legis Actio Per Sacramentum in rem).
- b) La Acción de la Ley por juramento relativo a una persona (Legis actio per sacramentum in personam)
- c) La acción de la Ley para pedir un juez o un árbitro (Legis actio per iudicis arbitrive postulationem)
- d) La acción de la ley con base en la citación (Legis actio per condictio- nem)

Otro grupo formado por dos acciones que tenían la finalidad de hacer ejecutar su obligación al demandado cuando se negaba a hacerlo :

- a) La acción de la ley por la cual se pone mano sobre el demandado (Legis actio per manus iniectionem)
- b) La acción de la Ley por la cual se sujeta la prenda (Legis actio per pignoris capionem)

1.1.1 El procedimiento de las acciones destinadas a reconocer un derecho

El procedimiento destinado al reconocimiento de un derecho se dividía en dos fases.

La primera fase se llevaba a cabo ante el pretor o magistrado y la segunda ante el Juez, escogido por las partes

1.1.1.1 La primera Fase (In iure)

Llamada "fase "en derecho" (in iure) el pretor controlaba un proceso solemne con palabras precisas, en que se aclaraba la naturaleza del conflicto entre las partes. El pretor era un magistrado , es decir ; un representante de la autoridad pública.

Aquí existían cuatro acciones civiles, dos de ellas se caracterizaban por un juramento ; una por el pedido de un Juez o arbitro y una por una declaración abstracta.

Las Acciones de la Ley por juramento : Había dos acciones :

- a) El juramento sobre la cosa (Sacramentum in rem). Por esta acción los adversarios se oponían en un conflicto sobre la propiedad de una cosa (RES, REM)
- b) El juramento sobre la persona (Sacramentum in personam) . Se trata de un conflicto entre las partes sobre una deuda pecuniaria .

Ambas acciones eran "generales" porque se empleaban en ausencia de otras posibilidades .En la época de la cual tenemos los primeros documentos escritos, el juramento consistía en una apuesta o desafío pecuniario entre las partes.

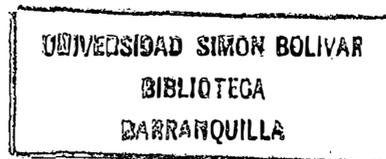
Cada parte juraba que su declaración era verídica, la parte cuyo juramento era reconocido falso (Injustum) por el juez (Iudex) debía pagar una multa (Poena- Pena) al Estado .

1.1.1.2 La segunda Fase (In Iudicio o Apud Iudicem)

Llamada fase "después" del derecho" , las partes se presentaban ante un juez (Iudex) , un magistrado , sino un ciudadano Romano, particular, sin autoridad pública, al cual las partes acudían para que decidiera quien de las partes tenía razón. Era seleccionado por su moralidad e imparcialidad y decidía con base en las pruebas presentadas.

a) Papel de las Partes: En la fecha fijada por el pretor las partes comparecían ante el juez desigando, aunque podían ser representadas por terceros. En efecto, el conflicto entre las partes ya había sido determinado. El juez conocía el punto preciso sobre el cual diferían las opiniones de las partes , podía decidir sin su presencia, pero con pruebas suministradas por terceros.

Si las partes se presentaban, cada una exponía sin solemnidades su punto de vista (Causae coniectio : Interpretación de las causales), y suministraba las pruebas de sus alegatos. Las pruebas eran libres, por cuanto podían presentar cualquier tipo de prueba, sin embargo ; había ciertas pruebas de mayor peso, como el juramento y los testigos.



Debe recordarse que en la antigua sociedad Romana, reconocida por su rectitud moral, los documentos escritos eran escasos, y que la palabra dada en un juramento tenía una fuerza que no le reconocemos hoy en día.

b) Papel del Juez: El juez apreciaba las pruebas presentadas por las partes según su propia convicción moral, sin regirse por ningún reglamento preestablecido. Al terminar los alegatos, el juez "expresaba su sentimiento" (sententiam dicere). Desde el punto de vista jurídico, la sentencia constituye la resolución del problema litigioso entre las partes.

c) Variaciones en la sentencia: La sentencia variaba según la acción de la ley:

En el caso de una acción por juramento respecto de un bien, la sentencia tenía el objeto de determinar cual de los dos juramentos era cierto (iustum).

Cuando el juez decidía que el poseedor actual de la cosa había jurado verazmente, la posesión provisoria se transformaba en definitiva y el poseedor adquiría judicialmente la propiedad quiritaria sobre la cosa.

Cuando el poseedor provisorio había jurado falsamente, podía entregar la cosa a la otra parte, al verdadero propietario, o quedarse con ella. Si la entregaba, el asunto terminaba allí, si la guardaba, el verdadero propietario estaba obligado a dirigirse a los fiadores (Praedes) del poseedor, que habían prometido que el poseedor entregaría la cosa si perdía. Los fiadores se veían así

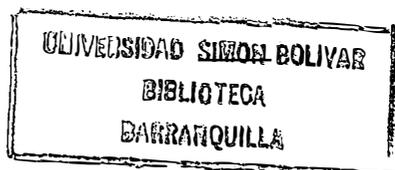
amenazados de sujeción física por el propietario y vendidos como esclavos. Mediante esta "ejecución coactiva", el propietario recuperaba el valor de su bien. Los fiadores podían evitar esta suerte pagando al propietario la multa que habían prometido para tal circunstancia. Podían exigirle al poseedor culpable la restitución de éste modo. Si el verdadero propietario deseaba recuperar el bien, aún en mano del poseedor, debía pedirlo judicialmente como si fuese un tercero.

En el caso de una acción de la ley para pedir un juez o un árbitro, la sentencia consistía en una declaración sobre el valor de la deuda debida por un fiador, o del reparto, el juez estimaba su valor.

Encaso de una acción de la ley abstracta la condena podía ser pecuniaria, por consiguiente, el monto podía consistir en la suma que el demandante pidió (Certam pecunian) o en una suma equivalente al valor de la cosa perdida (Certam in rem). Además, si las partes habían jurado pagar un monto en caso de perder el litigio, la sentencia incluía este modo.

1.1.1.3 La litis Contestatio : Entre las dos fases existía un elemento abstracto llamado La litis Contestatio, cuya función general era la de solemnizar, y por tanto correspondía al juez solamente pesar los hechos.

La litis Contestatio implica un momento del litigio en que las partes quedan



obligadas ante testigo por sus declaraciones . Se situaba abstractamente entre las dos fases del procedimiento.

La idea general de la *Litis Contestatio* es indicar en que momento del procedimiento las partes han identificado la naturaleza del litigio, de suerte que el demandante no podrá entablar la misma acción por segunda vez.

EFFECTOS :

La *litis contestatio* tenía dos efectos principales :

- a) No podía entablar una demanda (acción) dos veces con base en el mismo objetivo (*bis eadem re agere non licet ; bis de eadem re ne sit actio*).
- b) Al mencionar los casos en que extinguen las obligaciones (pago de la deuda , *acceptilatio, solutio per aes et libram, novatio*).

1.1.2 El Procedimiento Ejecutivo : Cuando el juez había reconocido el derecho del demandante acreedor en contra del demandado-deudor, el deudor debía ejecutar la sentencia, si el deudor se negaba a cumplir con esta obligación, el acreedor podía emplear, según las circunstancias, una de dos acciones.

- a) La Acción de la ley por la cual se pone mano sobre el demandado (*legis actio per manus iniectionem*).
- b) La Acción de la ley por el cual se sujeta la prenda (*legis actio per pignoris capionem*).

1.1.2.1 La legis Actio per Manus Iniectionem: La manus iniectio (Sujetar con la mano), es un procedimiento previsto en la ley de las XII tablas, treinta días después de la senetencia del juez, o de una confesión de deuda (aeris confessio) por parte del demandado del litigio, el demandante traía a su deudor incumplido ante el pretor y decía solemnemente: " Puesto que has admitido tu deuda (o has sido condenado) y no me has pagado, por esta razón pongo mano sobre ti por el valor de tu deuda.

Al declarar, sujetaba físicamente al deudor, que desde entonces era su prisionero, el deudor no podía justificarse, pero si podía oponerse ; si se oponía era necesario que un tercero " Viniese " a tomar su lugar como demandado. El que venía era un vindex, un defensor , que alegaba en favor del deudor con la esperanza de evitar el manus iniectio.

El vindex asumía los riesgos y si perdía, el acreedor tenía en contra de él una acción para pedir el doble del monto original de la deuda. El propio deudor o el vindex que había fracasado, era declarado addictus por el pretor, quien lo entregaba físicamente al acreedor en recompensa de su crédito (addictio).

1.1.2.2 La legis Actio per pignoris capionem: En la época histórica este procedimiento existía en favor del Estado y de algún interés religioso. Solo

el magistrado podía emplearlo en casos de interés público. Consistía en empeñar una prenda judicialmente o pignorar. El acreedor debía guardar la cosa que así quedaba pignorada. El pignoris capio es una institución excepcional porque nace de la costumbre Romana, (mores).

1.2 EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Se caracteriza por una mayor participación del Estado en el sistema judicial y por su gran número de acciones disponibles. Su estudio comprende los siguientes elementos:

- a) Sus condiciones de existencia, la construcción de sus fórmulas, las partes en el proceso.
- b) Los aspectos del proceso civil.

1.2.1 Las Condiciones de Existencia: La preminencia de la justicia del Estado sobre la justicia privada. En la época de las acciones de la ley, el Estado asumía de forma parcial la función judicial. Pero al margen de esta función judicial estatal se mantuvo una justicia privada, con la que el ciudadano arreglaba su conflicto mediante venganzas personales.

Al pasar los siglos el Estado intervino más en la función judicial, reemplazando la violencia individual por la justicia pública. La ley intervino para disminuir la violencia, así, la lex Plautia ordenó la confiscación de la ter-

cera parte del valor patrimonial del acreedor que usará la fuerza para obtener el pago de una deuda. La Lex Iulia de vi privata, prohibió el uso de la violencia sin autorización del Estado, posteriormente, Marco Aurelio; extendió el concepto de violencia incluyó todo hecho por el cual se obtiene el pago de una deuda en contra del consentimiento del deudor.

Estas disposiciones demuestran que el derecho romano prohibía la violencia como medio ofensivo. Se permitía, por el contrario, para ciertos casos de defensa: la legítima defensa, en favor del acreedor cuyo deudor huía, cuando no tenía ningún medio judicial para obligar al deudor a pagar.

La transición de las acciones de la ley a las fórmulas: Aquí se incluyó la acción per conditionem. Su nombre se redujo a condictio, aquí se mantuvo la necesidad de decidir cual de las partes conservaría la posesión del bien litigioso durante el juicio, si el demandado era el poseedor del bien, debía prometer dos cosas:

Por una parte debía prometer que en el caso de perder el litigio cumpliría con la sentencia. Por otra parte el demandado debía prometer que si perdía el litigio referente al bien, lo entregaría al demandante. Esta promesa reemplaza a aquella dada por los fiadores en el antiguo procedimiento de las acciones de la ley.

En esta etapa, situada entre los dos procedimientos de las acciones de la ley y de las fórmulas., la *condictio* aparece casi como una acción única que reúne varias posibilidades.

1.2.2 La Construcción de sus Fórmulas : El procedimiento formulario es un sistema más completo que el de las antiguas acciones de la ley, el demandante tenía un gran número de acciones a su disposición, que debía redactar en "Fórmulas" . Pero además de estas, el procedimiento ofrecía distintos instrumentos para los casos especiales :

a) Las Fórmulas : Cuando unas personas ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo, deciden litigar, deberán primero presentarse ante el pretor, quien redactará la fórmula de la demanda, luego ante el juez y con su ayuda redactan a la intención del juez una descripción breve y precisa del conflicto.

La colaboración del pretor es esencial, porque como magistrado versado en el derecho sabrá escoger las palabras jurídicas que describen de la manera más adecuada el litigio entre las partes. La precisión de la redacción ayudará al juez a dar su sentencia.

Ahora bien, la descripción redactada por el pretor con la concurrencia de las partes es la fórmula., nombre que adquirió por la formalidad que representaba y por la exactitud de los vocablos empleados para cada tipo de deman-

da o acción.

La fórmula tenía un contenido sustantivo en el que se incluye una demanda, o actio, de parte del demandante. El demandado podrá enfrentar a la actio del demandante, una exceptio.

Un contenido formal que consiste en una manera logico-jurídica de expresar la fórmula.

Los elementos constitutivo de la fórmula son :

a) La intentio: Es la parte más importante de la fórmula, es una " Intención ", en el sentido que expresa la pretensión del demandante.

Un error de redacción en la intentio era fatal, porque esta expresaba lo que deseaba el demandante, si la pretensión era inexacta, el demandante perdía su acción.

En efecto no podía entablar la misma demanda por segunda vez en contra del mismo demandado.

b) La Demonstratio: La demostración o exposición tiene por objeto indicar de que trata el litigio. indica el porque del litigio.

c) La Condemnatio: La condena es la parte de la fórmula en que el pretor autoriza al juez a condenar o a absolver al demandado, según que la intentio esté o no fundada. La condena es siempre pecuniaria, salvo en las acciones que se limitan a establecer ciertos hechos para su futuro litigio.

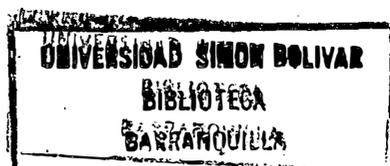
d) La Adjudicatio : La adjudicación era necesaria sólo cuando varias personas deseaban que el juez hiciese un reparto, que adjudicara algo .

- Las estipulaciones pretorianas: El pretor protegía los intereses del ciudadano no sólo mediante las acciones , podía ; a solicitud de un ciudadano, obligar a otra persona a que prometiera al solicitante cumplir con ciertas obligaciones.

Esta promesa era un estipulación , que eran por lo tanto contratos verbales impuestos por el pretor , si el promtente no cumplía con lo prometido, se otorgaba a la otra parte la actio ordinaria. Si la promesa se daba con fiadores se la llamaba satisfactio . Si se daba sin fiadores, por sólo promitente, se le llamaba cautio, ambas las exigía el solicitante para evitar sufrir un perjuicio .

- La entrega material de la cosa : La missio in possessionem significa "poner en posesión" o sea dar la posesión de algun bien a una persona. Es un derecho otorgado por el decreto del pretor.

- Los Interdictos : Era una orden del magistrado , dada con base en una solicitud, para que alguna de las dos partes en un futuro litigio guardara el bien litigioso hasta la sentencia. De hecho el interdicto determinaba cual de las partes era el demandante, porque el decidir qu el demandado podía guardar la cosa, la otra parte necesariamente debía proseguir con su demanda.



- La Restitución integral : Era una orden del pretor por la cual obligaba a una persona a devolver alguna cosa, era una medida excepcional empleada para corregir una injusticia.

1.2.3 Las partes en el Proceso :

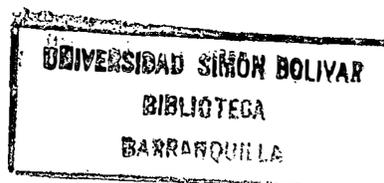
- La capacidad para litigar : Para los ciudadanos Romanos los litigios eran de derecho civil, porque derivaban de la ley, después de haber fijado la fórmula ante el pretor, las partes comparecían ante un sólo juez seleccionado por ellos.

Para los peregrinos, los litigios eran por orden del pretor con base en su imperio y no en la ley. Los adversarios se presentaban después de fijar la fórmula, ante tres o cuatro jueces designados por el pretor .

- La Representación Judicial : Apareció como una necesidad para los ausentes menores o incapaces físicos.

1.2.4 El Proceso Civil : El proceso civil romano se puede dividir en fases::

- La Asignación del demandado : in ius vocatio. La asignación en justicia es el acto por el cual el demandante invita al demandado a comparecer ante el pretor en el sitio y la fecha indicada. El demandado debe prometer presentarse y será sancionado con una multa si se ausenta.



- El Proceso ante el Magistrado (Ordinario) y la Litis contestatio :

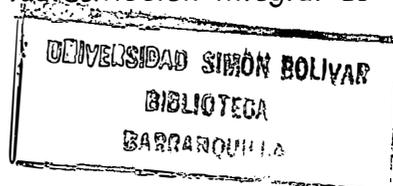
La fase del proceso ante el pretor es *in iure*, porque se decide el conflicto jurídico que opone a las partes.

Los adversarios dan su acuerdo a una fórmula, redactada por el magistrado, que será ulteriormente presentada ante el juez, la fórmula incluye la acción del demandante y si es necesario incluye también la excepción del demandado si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre el contenido de la fórmula, el pretor se negará a redactarla, y declarará que no hay acción. El acuerdo de los adversarios sobre el contenido de la fórmula es un convenio procesal.

- El proceso ante el juez : En la fase ante el juez las partes deberán presentar sus pruebas para sustentar lo que dice la fórmula , pueden hacerlo ellas mismas o enviar oradores , abogados .

Las pruebas son libres, es decir ; cualquier tipo de prueba se admite aunque el juramento y el escrito tienen mayor valor .

El Juez deberá dictar sentencia en un plazo determinado, de 18 meses los iudicia legitima y de 12 meses para los iudicia imperio continentia. Vencido el plazo se "moría " el litigio porque no podía darse sentencia . Si ocurría esto por culpa del juez, el lesionado (generalmente el demandante) podía entablar contra él una acción para obtener la restitución integral de



su pérdida .

Al principio no había apelación de la sentencia, pero luego fue posible hacerlo ante el emperador, en el siglo III .

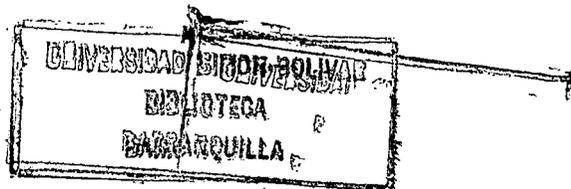
- La Ejecución Coactiva :

Noción y aplicación : La ejecución coactiva en el procedimiento formulario significa el embargo de los bienes del deudor que no paga sus deudas y la venta de estos bienes para reembolsar a sus acreedores .

Es una solución de derecho relativo , por lo tanto los acreedores no sujetan al deudor físicamente. Sin embargo , la sujeción física coexistió durante algún tiempo con el embargo de derecho relativo . En efecto, la Lex Iulia de bonis cedentis permitía al deudor insolvente , pero no fraudulento, abandonar sus bienes a sus acreedores para no exponerse a la ejecución sobre su persona .

Al mencionar lo que podía evitar el deudor, la ley implica que aún existía la posibilidad de esta ejecución física . El deudor podía entonces optar por cualquiera de los dos procedimientos. durante su coexistencia. La ejecución coactiva se aplicaba en tres casos :

- Al demandado condenado que no ha cumplido con la sentencia el indica-



ius.

- Al deudor cuyo acreedor había jurado solemniter que su deudor debía tal suma (iusiurandum necessarium) .
- Al deudor que confiesa tener una deuda que no ha pagado.

Si el procedimiento había llegado al punto de la ejecución coactiva, el deudor era un indefensus.

- Fase de la ejecución coactiva: El deudor objeto de una ejecución coactiva, podía pasar por las siguientes etapas del procedimiento:

a) Revisión de la sentencia: El demandante - acreedor comienza los trámites con una actio iudicati, por la cual pide que se confirme la primera sentencia condenatoria del demandado.

Es una forma de pedir que se respete la autoridad de la cosa juzgada. Si se defiende, generalmente lo que no ocurría, debe prometer una satisfactio iudicatum solvi no solo cumplir con la sentencia si ésta se confirma, sino también pagar el doble del monto de la deuda.

- Control del patrimonio del Deudor:

Un acreedor en nombre de todos los acreedores o todos ellos, piden al pretor la entrega oficial de los bienes del deudor para impedir que éste los enajene o done en detrimento de sus derechos. El pretor otorga a uno de ellos la entrega, al que designa curador de los bienes (curator- bonorum)

por la misio in bona rei servandae causa. El curador de los bienes tiene el deber de avisar (por prescripciones) a sus acreedores como adelanta su negocio común, y controla los bienes del deudor. El deudor tiene todavía la libre disposición de sus bienes; puede negociar con ellos, supuestamente para incrementar su patrimonio y así poder hacer frente a sus deudas.

Pero es posible que el deudor no haga esto, y que disponga de sus bienes en detrimento de los intereses de los acreedores. Para este caso los acreedores disponen de tres medios de control :

- Exigir al deudor que restituya integralmente todo lo que debe a sus acreedores.
- Imponer al deudor un interdicto de fraude, con la obligación de reintegrar al patrimonio todo lo que retiró de él en contra de los intereses de los acreedores.
- Intentar en contra de los que han contratado con el deudor las acciones FABIANA Y PAULINA , para obtener la restitución de los bienes que el deudor enajenó o dono y perjudicó los acreedores.

Estos tres medios de protección de los intereses de los acreedores fueron posteriormente fusionados en una sola acción revocatoria o paulina, disponible para todos los casos de fraude por parte de un deudor.

La acción paulina subsiste hoy en día en el derecho civil de origen romano.

El deudor cuyo patrimonio había sido objeto de la *missio* podía liberarse en un plazo de 15 días si era insolvente, y de 30 días si no lo era, a partir de la *missio*. Podía también oponerse judicialmente demostrando que no debía nada.

- Preparación de la venta del Patrimonio del Deudor: En el supuesto de que el deudor no pudiera liberarse de la deuda en la fase anterior, se consideraba que caía en quiebra.

Podía liberarse en ese momento cediendo sus bienes a los acreedores (*cessio-bonorum*). Si no lo hacía, se lo declaraba quebrado (*decoctor*) y "persona infame" (*persona infamis*). Esta nueva calidad le impedía litigar sin antes prometer cumplir con la sentencia (*satisdatio iudicatum solvi*). Los acreedores escogían entonces a uno de ellos como maestro o director de los bienes (*magister bonorum*) encargado de preparar la venta de los bienes del deudor (*bonorum venditio*).

El *magister* hacía conocer la fecha de la venta y el estado jurídico de los bienes (existencia de hipotecas, usufructos, servidumbres). Al cumplir el plazo, el proceso pasaba a la siguiente fase.

- Venta de los bienes del Deudor: vencido los anteriores plazos sin pago del deudor, sus bienes se vendían. El precio de la venta correspondía a la

deuda total, sin ser superior a ella. Dentro de ese límite se ofrecían los bienes a quien más pagara.

Vendido los bienes, cada acreedor recobraba su parte del crédito de todos los acreedores, si el monto de la venta coincidía con la suma total de la deuda, lo recibido por cada acreedor era su verdadero crédito, si el precio de la venta era inferior a la suma de los créditos, cada acreedor recibía un porcentaje correspondiente a su crédito.

1.3 EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Era un procedimiento aplicado al margen del formulario, lo cual explica su nombre de extraordinario, o fuera del ordenamiento habitual.

El procedimiento extraordinario se caracterizaba por los siguientes factores:

a) Procedimiento Estatal y Jerárquico: El procedimiento se efectuaba ante un juez profesional único, la distinción entre magistrado y juez desaparece.

El emperador era competente para conocer litigio directamente, sin que hubiese pasado antes por los tribunales. La organización judicial comenzaba en realidad con los más altos funcionarios del imperio, en seguida del emperador: los prefectos del pretorio.

De estos había cuatro: de Galia, de Italia, de Iliria y de Oriente (el

más importante). Dentro del criterio de funciones judiciales, el emperador y los prefectos eran " jueces superiores " .

El emperador, los prefectos, los vicarios y los gobernadores tenían competencia en todas las causas mayores: delitos graves, deudas por montos importantes. Existía un sistema de apelación de manera que si un litigio se decidía en primera instancia por el gobernador de una provincia, seguía por apelación al vicario "segunda instancia" .

Las decisiones del vicario eran inatacables por apelación. Dentro de cada provincia había jueces municipales que tenían competencia para las causas menores, que podían apelarse al gobernador. Excepcionalmente se podía apelar directamente al emperador, los gobernadores y los jueces municipales eran "jueces ordinarios " .

- Procedimiento Secreto : El litigio transcurría en un lugar especial, un aula (tribunal), donde se prohibía la entrada al público . Podía además procesarse en ausencia de las partes.

- Procedimiento Escrito y Oneroso : Las instrucciones para el juez eran escritas en forma de libelo, el demandante presentaba sus argumentos y sus pruebas a los cuales respondía el demandado. Tanto los representantes judiciales como los abogados recibían honorarios.

1.4. EL DERECHO GERMANO

En el derecho Germano la ejecución se fundó en el título ejecutivo, que podía ser judicial o extrajudicial y se concretaba a expropiar los bienes del deudor y cubrir la obligación del acreedor.

La expropiación equivalía a lo que hoy conocemos como MEDIDAS CAUTELARES (Embargo y Secuestro) y la enajenación era la venta en pública subasta (remate) de los bienes .

Existió la intervención de otros acreedores (terceros intervinientes en la modalidad de tercera simple), que dió lugar a la actual ejecución concursal. El ejecutivo, por tanto fue de carácter real .

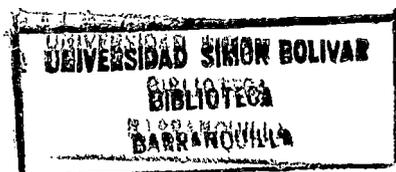
1.5 EL PERIODO COMUN

Se caracteriza por la aparición del llamado PROCESUS EXECUTIVUS , cuyos distintivos participan del derecho Romano y el Germano . Se toma del primero la necesidad de una etapa de conocimiento, previa a la ejecución propiamente dicha, y del segundo la imposibilidad de alegar o proponer excepciones tendientes a desconocer la obligación, salvo las fundadas en hechos posteriores a la sentencia.

Aspecto importante en este período que tuvo sus antecedentes en el romano y particularmente en la manus injectio prodicato, fue el permitir que sirvieran como título ejecutivo los documentos pasados ante notario, en los cuales se reconociera la existencia de una obligación .

Para ello el documento debía tener la cláusula GUARENTIGIA, que consistía en la orden dada al notario por el deudor para que cumpliera la obligación reconocida en el documento. Tuvo su fundamento en que a los notarios se los asimiló en cierta forma a los jueces y por considerar que la manifestación del deudor constituía confesión, que se asemejaba a la sentencia.

Posteriormente, esa calidad se extendió a otros documentos emanados del deudor, como los instrumentos negociables, etc.



2: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

El libro cuarto del código de procedimiento civil colombiano regula, bajo la denominación de medidas cautelares y en los artículos 678 a 692, parte de lo concerniente a cautelas y contracautelas o, en otros términos, a las medidas preventivas y las cauciones, temas que constituyen, no obstante estar ubicados en la parte final del estatuto, un aspecto propio de la parte general de un código de procedimiento por consagrar fenómenos predicables de las más disímiles actuaciones, si bien es cierto que donde con mayor frecuencia se utilizan es en los juicios de ejecución y algunos ordinarios.

Cauciones y medidas cautelares son dos aspectos cuya importancia aún no se ha entendido adecuadamente en nuestro medio y presentan una incipiente, tímida, inadecuada y desordenada regulación porque no se quiere aceptar que ante el inocultable y casi insoluble problema universal de la morosidad en la administración de justicia, es precisamente una buena regulación del régimen de cautelas y contracautelas mucho lo que puede contribuir para evitar los desastrosos efectos del problema mencionado y constituye además una solución de fácil implementación.

Y es que un adecuado régimen sobre estas materias, aún más amplio aspecto de todas ellas viene a atemperar los efectos nocivos del excesivo transcurso del tiempo dentro de las actuaciones judiciales y grande será su contribución para restablecer su credibilidad en la administración de justicia, a que los asociados concurran al Estado con el convencimiento no sólo de que se les resolverán sus conflictos sino que la decisión se podrá cumplir.

Y es que con una atinada regulación de estos dos fenómenos se garantiza un estado de cosas similar a cuando se inició el pleito y con la ampliación del sistema se evita que mientras se adelanta el proceso se realicen actos en orden a insolventarse para hacer ilusorios los efectos del fallo, a la vez que se asegura el pago de los perjuicios que tales medidas puedan ocasionar.

Es por eso que, como verá, somos convencidos y decididos partidarios de la imperiosa necesidad de ampliar las medidas cautelares a todos los procesos, especialmente a los declarativos, naturalmente con la consiguiente exigencia de una contracautela que evite el abuso y restablezca el equilibrio procesal que, de no existir estas últimas, indudablemente se quebrantaría.

Y no debemos temer el establecer las medidas cautelares que por excelencia cumplen la finalidad de aseguramiento para lo cual están creadas y

en especial las dos más efectivas, embargo y secuestro , a todos los procesos donde sean necesarias, sólo que a su vez debe existir una caución que garantice los perjuicios que se pueden ocasionar con aquellas cuando no le asiste la razón a quien la solicitó.

Entre los dos conceptos existe pues una íntima relación : La medida cautelar encuentra su contrapartida en la caución y debería sentarse el principio, inexplicablemente olvidado en nuestro vigente estatuto procesal civil, que solo en parciales casos desarrolla, y es que no puede existir ninguna cautela de aquellas que recaen sobre bienes, cuyo decreto previamente no obligue a constituir la correspondiente contracautela.

2.1 LA RAZON DE SER DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Su Naturaleza Jurídica :

Aúncuando en general la doctrina cree encontrar en las medidas cautelares un claro desarrollo del principio de la igualdad o equilibrio procesal., no faltan quienes con la visión más restringida del punto tan sólo hablen de que tienen como finalidad asegurar la ejecución del fallo correspondiente , y otros del ejercicio de un derecho de supremacía que corresponde al Estado , pero todas estas diversas opiniones están orientadas por un común enfoque, las medidas cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo

tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles . En .verdad resulta imposible obtener justicia inmediata , su administración es labor de hombres, análisis de pruebas, reconstrucción de realidades pasadas , raciocinio jurídico que impedirá siempre la automaticidad de la administración de justicia, no obstante, dado que no ha sido posible conciliar tales actividades con una prudente duración de los procesos , las medidas cautelares " Surgen según CALAMANDREI de la necesidad de cohonestar un hacer pronto con un hacer bien " (1).

En forma tan sencilla como gráfica lo explicó Redenti : de poco servirán las decisiones judiciales " Si entretanto ... se han escapado los bueyes", y agrega que " Sabiamente se preocupa la ley por el peligro en muchos casos manifiesto e innegable, de que las providencias de tutela jurisdiccional civil que ella conmina o prevé lleguen a aplicación demasiado tarde" (2).

(1) HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil. Edit. Artes Gráficas , Madrid 1976 . pág. 229 .

(2) REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil . Edit. Ejea . Buenos Aires, Tomo II . 1957 . pág. 243.

Carnelutti refiere que su fin es evitar " Aquellas alteraciones que el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso"(3), opinión que sigue Fassi al decir que " Todas las medidas cautelares se hallan supeditadas y encontrarán 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 " (4) .

W. Kisch, anota que se proponen " Impedir que la ejecución futura se dificulte , por medio de la sujeción de los bienes del deudor y en casos extremos hasta de su persona " (5) ; en tanto que Ugo Rocco destaca que el Estado ejerce por intermedio de ellas " Un derecho especial de supremacía que tiene por objeto no ya la persona del obligado sino su patrimonio " (6) ; teorías de las cuales acogemos la primera, la referente a que se desarrolla el principio de la igualdad o equilibrio procesal, consagrado , entre otras disposiciones de la codificación colombiana en el artí-

(3) CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso . Edit. Ejea . Buenos Aires 1971 . pág. 415 .

(4) FASSI, Santiago. Ob. cit. pág. 239 .

(5) W. KISCH. Elementos de Derecho Procesal Civil . Edit. Revista de Derecho Privado . Madrid . 2a. Edic. 1940 . pág. 315 .

(6) ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte especial. Tomo IV . Edit. Depalma . Buenos Aires . 1976. pág. 25 .

culo 37 numeral 2 del C. de P. C. , por cuanto a través de las medidas cautelares se aseguran dentro de lo posible , que si quien recurre a la justicia le asiste la razón , podrá mantener durante el transcurso del proceso un estado de cosas similar al que existía cuando formuló su demanda y obtener un adecuado y pronto restablecimiento de los derechos que le han sido reconocidos , o , incluso que le podrán ser reconocidos cuando medidas cautelares en orden a obtener pruebas adelantadas son las que se utilizan .

De otra parte , debemos desterrar la idea de que la medida cautelar se ha instituido en beneficio exclusivo de la parte acreedora . Nada más equivocado . Tal como lo ha explicado Couture " Cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro , no solo actúa en defensa o satisfacción de un interés , sino en beneficio del orden jurídico en su integridad . La jurisdicción también en este caso no funciona " uti singulo " sino " uti civis " . Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos a garantizar la eficacia , y por así decirlo , la seriedad de la función jurisdiccional , el imperium iudicis " . (7) .

(7) COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal . Edit. Depalma, Buenos Aires , 1978. 2a. Edic. Tomo I . pág. 254 .

Y es que , agregamos, la medida cautelar por su carácter eminentemente accesorio e instrumental tan solo busca reafirmar el cumplimiento del derecho solicitado por el demandante e impedir para el mismo mayores males que lo que de por sí le ha ocasionado el demandado al constreñirlo a acudir a la administración de justicia para el restablecimiento de la normatividad que se quiere desconocer , observándose aún con mayor nitidez ese carácter de la medida en los eventos en que recae sobre las personas, donde la necesidad de practicar la misma no solamente va a asegurar un adecuado cumplimiento del fallo sino a garantizar a las partes , a la sociedad, su tranquilidad jurídica, tal como acontece con la orden de internamiento del demente furioso o con la colocación de los menores de edad bajo el cuidado de otras personas cuando aquellos que tienen su representación legal o guardan les dan indecorosos ejemplos o malos tratos .

2.2 CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

Múltiples son las expresiones con que se denomina en las diversas legislaciones el concepto de la medida cautelar y es así como se habla , tal como lo anota Santiago Fassi de "Providencias " cautelares , medidas de seguridad , medidas precautorias, medidas de garantía, medidas cautelares, acciones preventivas " (8) .

(8) FASSI, Santiago. "Código Procesal Civil y Comercial" Edic. Astrea , Buenos Aires. 1971. pág. 329 .

Agregamos también el de " Acciones Cautelares " (9) , y " Pretenciones cautelares " (10) , expresiones todas con las que se quiere significar aquellas series de providencias que ya de oficio, ya 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 tomen dentro del juicio , siempre con carácter provisional y en orden 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 sobre las personas o sobre los bienes , o sobre los medios de pruebas puedan prevenir mientras se inicia un proceso o se adelanta y aún cuando es frecuente equívoco pensar que ellas tan sólo recaen sobre bienes , idéntica es la naturaleza jurídica de la institución cuando sobre ellos opera , al igual que al recaer respecto de personas .

Así , tan medida cautelar es el embargo como el depósito de menores en manos de los padres o de un tercero , o la orden de internamiento del demente que ocasiona peligro a la comunidad , o la interdicción provisional del presunto pródigo .

(9) MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Edit. A.B.C. , Bogotá, 7a. Edic. Parte general. pág. 134.

(10) LOPEZ BLANCO, Hernán. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Edit. Temis. Bogotá, 1979. 2a. Edic.

En todos estos ejemplos la finalidad es idéntica, asegura que los fines del correspondiente proceso puedan cumplirse a cabalidad .

También es esa la finalidad que cumplen ciertas pruebas anticipadas que pueden solicitarse para futura memoria de hechos o situaciones susceptibles de evolucionar o desaparecer con el transcurso del tiempo tal como acontece, por ejemplo, con la inspección judicial anticipada para establecer el alcance de unos daños .

3. MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO CAUTELAR

Tradicionalmente se han tipificado dos tipos de procesos , el de jurisdicción voluntaria y el de jurisdicción contenciosa, y dentro de estos últimos se clasifican los procesos de cognición y los de ejecución.

Carnelutti, con base en el comentario del nuevo estatuto procesal civil italiano delineó la teoría del tercer título de proceso contencioso, el proceso cautelar , al destacar que el " Es así como al no poderse considerar la providencia cautelar como una providencia incidental en el proceso de ejecución o en el de cognición , se debe admitir que corresponde ella a un tipo de proceso diverso del proceso contencioso de cognición o ejecución, al cual precisamente se le da el nombre de proceso cautelar " (11).

" El proceso cautelar se introduce así como un tertium genus de proceso contencioso ", parecer que ha sido ampliamente difundido en el mundo occiden-

(11) CARNELUTTI, Francesco . Derecho y Proceso . Edit. Ejea, Buenos Aires, 1971 . pág 213 .

tal y aceptado tal vez sin el suficiente análisis .

En efecto en España se habla del proceso cautelar, es más , se propugna por "La conveniencia de emplear la expresión de proceso cautelar, para comprender dentro de ella al proceso cautelar propiamente dicho o autónomo y a las medidas cautelares, bien aisladas o integradas dentro de una fase del proceso principal o definitivo " (12).

En Colombia ocurre igual cosa, de ahí que el profesor Devis Echandía explica que el proceso cautelar " Se divide en conservativo e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente , o , por el contrario, producir un cambio de ella , en forma provisional . Puede ser un verdadero proceso autónomo , como el de interdicción del demente o disipador ; o un procedimiento previo a un proceso, como las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre los conyuges " , estando además en total acuerdo con quienes sostienen la tesis de la autonomía del proceso cautelar en destacar su carácter instrumental , " Porque no desconocemos que el proceso cautelar no es fin en sí mismo , sino medio con relación al proceso principal o definitivo " (13).

(12) HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil . Edit. Artes Gráficas , Madrid . 1976 , pág. 230.

(13) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. , pág . 134



Recientemente se ha especulado acerca de la necesidad de reanalizar el tema y dar a las medidas cautelares una especial tipificación legal a fin de organizarlas dentro de las codificaciones en forma armónica y agrupadas para evitar innecesarias repeticiones que se presentan si a cada juicio se le adicionan las previsiones de las consiguientes medidas cautelares, pero sin admitir la existencia de un proceso cautelar autónomo posición que a todas luces consideramos correcta, es más, es la que se acogió en líneas generales dentro del estatuto procesal civil colombiano, o sea, que no acepta nuestro código procesal civil el tercer género de proceso contencioso.

Pero eso no es lo importante, lo fundamental es que la elaboración Carne-lutiana no soporta un análisis detenido. Afirma ese tercer género de procesos cautelares, sobre la base de que se trata de un proceso que en sí mismo no cumple una función, sino que es un medio para que el otro proceso llamado principal obtenga de una mejor forma su finalidad, o sea que la misión de tutela como proceso le corresponde al llamado principal que utiliza la medida cautelar como instrumento para garantizar su efectividad pero sin que ella cumpla por sí sola su finalidad importante pero siempre accesorio.

Y es que en amplio sentido todo proceso sería cautelar pues busca asegurar algo, el cumplimiento de la ley.

Por eso pretender identificar el juicio de interdicción del demente , para citar un ejemplo, con el proceso cautelar no es correcto por cuanto este es un juicio de jurisdicción voluntaria , no solo por su naturaleza, sino por definición legal y dos cosas no pueden ser y no ser a un mismo tiempo y bajo un mismo respecto ,enseña la lógica primaria .

Pretender darle al embargo o al secuestro diligencias aisladas , toda la categoría de proceso es algo que no consulta la índole del mismo que implica una concatenación de actuaciones en orden a un fin , la sentencia .

La medida cautelar es todo lo importante que se quiera pero no necesita elevarse a la categoría de proceso , pues siempre estará llamada a operar dentro de un juicio .

Cuestión enteramente diversa y con la cual estamos integralmente identificados es que la regulación de las medidas cautelares como instrumentos que son para los procesos , PARA TODOS LOS PROCESOS , deben estar procesalmente sistematizadas en un aparte especial que para ellas debe reservarse dentro de la correspondiente codificación y que fue lo que a medias se trató de hacer en Colombia en el código de 1.970 , pues si bien es cierto se dejó un libro especial para las medidas cautelares ya que a ellas se dedica el libro IV , artículos 678 y subsiguientes no es menos cierto que las que allí se consagran son apenas una parte de las diversas medidas

cautelares que se han tipificado en nuestra legislación, pues dicho libro solo se ocupa, y no en forma exhaustiva, de las medidas cautelares reales, es decir aquellas que recaen sobre los bienes que pueden ser objeto de litigio o que se pretende que a el queden afectados, mientras que las medidas cautelares personales, están reguladas repetitivamente dentro de los diversos tipos de procesos (especialmente de familia) en los cuales ellas proceden, cuando lo correcto es que deban estar donde pertenezcan, en el libro dedicado a las medidas cautelares tipificadas con características generales para los diversos tipos de procesos que de ellas requieran.

En suma, rechazamos la existencia de un proceso cautelar como un tercer género de juicio contencioso y abogamos por la necesidad de regular las medidas cautelares como instituciones accesorias que inclusive deberían estar consagradas en la parte general del estatuto procesal civil, tal como lo están muchas otras aplicables a la inmensa mayoría de los juicios especiales.

3.1 MEDIDAS EJECUTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES

Otra precisión que es indispensable realizar es esta. Es frecuente la tendencia a tratar de darle cierta autonomía al concepto de medida ejecutiva. Las medidas ejecutivas no existen como entidad diferente de las medidas cautelares, son unas mismas. En otras palabras, se ha denominado

medida ejecutiva la práctica de una medida cautelar dentro de un proceso de ejecución . Su naturaleza jurídica es la misma solo que así se le llama para significar que se está practicando en juicio que parte de la base de un derecho cierto representado en un título ejecutivo . Y es tan evidente esa total identidad terminológica que un embargo practicado dentro de un proceso de cognición , tal como lo es el de nulidad de matrimonio civil o el de divorcio , no tiene absolutamente ninguna diferencia con el practicado dentro de un juicio ejecutivo . Es la misma medida cautelar operando en los dos tradicionales y únicos tipos de procesos de jurisdicción contenciosa, sin que por eso se desnaturalice su esencia.

La medida cautelar sirve pues tanto al ejecutivo como al contencioso de cognición , de ahí que ha quedado superado el concepto de que las medidas precautorias tienen por objeto asegurar el resultado del proceso de ejecución pues , como hemos visto, también proceden para conservar un medio de prueba o para evitar la inoficiosidad de la sentencia . Tanto se dan por consiguiente en el proceso de ejecución como en el de conocimiento y la medida ejecutiva es la misma medida cautelar.

3. 2 CARACTERISTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

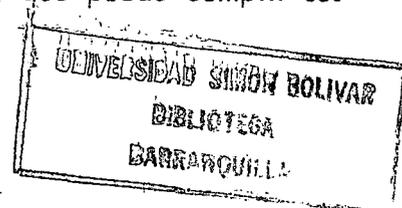
Con base en lo hasta ahora expuesto podemos afirmar que las notas salientes de la medida cautelar son las siguientes :

a) Constituye un acto jurisdiccional por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso como lo es el asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez .

Además , como actuaciones que son propias de un proceso y siendo el proceso por excelencia acto jurisdiccional bien claro resulta el carácter de las medidas cautelares, así en ocasiones especiales se permita que su práctica no la lleve a efecto un juez sino una autoridad del orden policivo (ciertos casos de oposición de sellos en sucesiones) lo cual tiene un carácter totalmente excepcional , apenas confirmatorio de la regla general .

b) son eminentemente instrumentales. Por si mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo solo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán pues el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no le quitan la característica.

c) Como consecuencia de lo anterior , las medidas cautelares son eminentemente provisionales y máximo perdurarán lo que subsista el proceso al cual acceden . Terminado el mismo por cualquier razón , la medida necesariamente deja de tener efecto y solo en casos especiales y taxativamente determinados por el legislador se permite que una medida cautelar operante dentro de un proceso pueda continuar vigente en otro, tal como acontece con el secuestro dentro del proceso de lanzamiento que puede cumplir sus



finés en el ejecutivo subsiguiente, o el secuestro en la diligencia de entrega que puede mantenerse dentro del reivindicatorio o posesorio que se adelantará cuando triunfa la oposición de un tercero .

d) Usualmente son taxativas . Es decir la correspondiente codificación se encarga no solo de tipificarla sino de señalar el proceso o procesos dentro del cual proceden .

Así Liebman dice que : " Las acciones cautelares son típicas y no se pueden pedir providencias cautelares diversas de las expresamente preestablecidas por la ley , ni en casos diversos de aquellos para cada uno de ellas previstas " (14) , advirtiendo sin embargo, que por excepción y con fundamento en el artículo 700 del código procesal civil Italiano se vislumbra la posibilidad de medidas cautelares innominadas .

Estas características , son plenamente predicables del concepto de medida cautelar en el derecho colombiano y también en el artículo 659 numeral 6 encontramos un ejemplo de medida cautelar innominada al estatuir la disposición que " También se podrá decretar las medidas de protección personal del paciente que el juez considere necesarias " , observándose que

(14) LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Derecho Procesal Civil. Edit. Ejea. Buenos Aires, 1980. pág. 163 .

queda abierta a la decisión del juez el adoptar la medida cautelar que estime conveniente .

3.3 REQUISITOS PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES

Tradicionalmente la doctrina ha hablado de dos requisitos : La posibilidad de un daño y la verosimilitud del derecho alegado .

Es así como Chiovenda al mencionar las condiciones de la medida cautelar dice que " El juez debe examinar si la circunstancia del daño da serios motivos para temer el hecho dañoso y si el hecho es urgente y por lo mismo necesario " (15) , a la par que efectuar un exámen, evidentemente superficial , de la posibilidad del derecho .

Son estos los requisitos que en la doctrina universalmente se les llama , *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* . Fairen Guillen dice que :

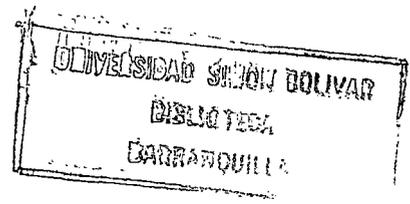
" El *periculum in mora* básico en los procesos cautelares no es peligro de daño genérico jurídico , el cual se obvia con la tutela declarativa ; es el peligro del ulterior daño "marginal" que podría derivar de dicho retraso sin que basten a prevenirlos otros medios ordinarios como la acumulación de intereses ... es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo considerado -

(15) CHIOVENDA, José . Derecho Procesal Civil. Edit. Reus, Madrid Tomo I, pág. 281 .

da en sí mismo como posible causa de ulterior daño"(16).

Tales exigencias tradicionales han sido revaluadas en la inmensa mayoría de las legislaciones modernas, entre ellas la colombiana. (En el estatuto procesal civil derogado se exigía el requisito de periculum in mora en el artículo 233. El código actual elimina ese subjetivo requisito), y la tendencia actual, la más atinada por cierto, es la de ampliar en muchos el radio de acción de las medidas cautelares para permitir las mismas en la inmensa mayoría de los procesos prescindiendo del análisis de la posibilidad del daño y de la eventual existencia del derecho, que como bien se ve implica muy abstractas apreciaciones que el Juez debe realizar muchas veces sin la existencia de bases para soportar las mismas, de ahí que se busca que sea la correspondiente codificación procesal la que diga los casos en los cuales es pertinente la medida cautelar, bastando que la consagre y permita, para su operancia sin que el juez éste ya en el deber de analizar el periculum in mora y el sumus boni iuris pues se supone que el legislador ya, de manera general, aceptó estos presupuestos al permitir la medida.

(16) FAIREN GUILLEN, Victor. Temas de ordenamiento Procesal. Tomo II. Edit. Tecnos. Madrid, 1969. pág. 901.



Es más se llega incluso a sugerir que deben permitirse los embargos, cuando se discuten derechos reales sobre bienes o se persigue la declaratoria de derecho personales y se está en la etapa del juicio de cognición bastando tan solo que el demandante lo pida pero estableciendo como contraprestación la obligación de suministrar adecuadas cauciones (contracautelas) para el caso de no prosperar la petición demandada .

Somos partidarios de esta solución que , infortunadamente nuestro estatuto civil procesal no ha consignado. Creemos sinceramente que debe ampliarse el régimen de las medidas cautelares a todos los procesos de carácter cognoscitivo, única forma como se puede restaurar la confianza en las determinaciones que se toman dentro de la inmensa mayoría de los juicios ordinarios, especialmente, aquellos que buscan indemnizaciones de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual (en los cuales no cabe ninguna medida cautelar)salvo la del ineficaz registro de la demanda en la matrícula automotriz que cubre un restringido evento de responsabilidad por obligaciones personales.

Ciertamente, podría argüírse que tal situación, que clama a veces nuestra realidad socio-jurídica, podría dar lugar a abusos evidentes.

No es válida la objeción , porque como ya se esbozó, no se trata de permitir alegremente medidas cautelares por cuanto toda medida cautelar que

se decreta debe tener como soporte necesario y previo a su pronunciamiento la correspondiente garantía o caución que asegure en forma amplia y suficiente el pago de los perjuicios que con la medida se irroguen al demandado en caso de resultar infundada la pretensión, es decir; la contracautela de que tanto se habla en las legislaciones Europeas y de modo tal que si no se da la caución no se decreta la medida cautelar, tal como acontece con el embargo antes de notificado el mandamiento ejecutivo dentro de la legislación colombiana.

4. GENERALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Mencionadas las notas salientes de las medidas cautelares es pertinente proceder a su análisis de acuerdo a la regulación que en el estatuto procesal civil colombiano de ellas, hace.

Tal como lo anotamos, en nuestro código se adoptó por no consagrar el proceso cautelar como un tercer género de proceso contencioso, de ahí que no existe ninguna referencia legal con relación al mismo: se trató de regular las medidas preventivas como una institución de carácter aplicable a todos los procesos destinados para el efecto en el libro IV el cual, no obstante, quedó tan solo para las que denominamos medidas cautelares reales, es decir; las que se practican respecto de bienes del deudor con el específico fin de buscar que no sea ilusoria la sentencia que se dicte en el proceso al cual acceden, pero sin que se realice en este aparte ninguna tipificación de las medidas cautelares personales las cuales están desarrolladas a medida que se van consagrando diversos tipos de procesos, y a las que a no dudarlo, con una adecuada técnica legislativa también han debido quedar involucradas dentro del título dedicado al desarrollo legal de

lo que son, es decir; medidas cautelares con los cual, de paso se hubiera evitado las innecesarias repeticiones que de estas cautelas se observan especialmente dentro de los procesos de familia .

De acuerdo con nuestro estatuto procesal civil , las medidas cautelares que recaen sobre los bienes únicamente y que de manera taxativa se tipifican son las siguientes: Embargo, secuestro, registro de la demanda, inscripción en la matrícula inmobiliaria y guarda, y oposición de sellos; siendo nuestro empeño al referirnos tan solo a las tres primeras dada su importancia.

Fuera de estas no existe posibilidad de otras en lo que al aspecto procesal civil concierne.

No ocurre así con las medidas personales que en casos , tal como el ya citado proceso de interdicción del demente permiten al juez tomar las que estime pertinentes y que sin la misma prescripción legal se van mencionando a lo largo de los textos legales y tales como la distribución de los hijos entre los padres o su entrega a un tercero , la fijación de cuotas de alimentos (art. 423 del C. de P.C.) , la interdicción provisional del presunto disipador (art. 427 del C. de P.C.) , medidas todas estas que dada su claridad no requiere de una especial explicación.

4.1. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Establecio con el objeto de evitar que el fallo a tomar no se haga ilusorio en sus efectos y para impedir mayores males de los que ya se pueden haber ocasionado o asegurar la integridad de determinados medios probatorios, presentan una triple clasificación por cuanto existen las reales, las personales y las probatorias.

4.1.1 Las Medidas Cautelares Reales

Son aquellas que buscan el aseguramiento de bienes ya sea para garantizar la integridad física o jurídica de los mismos, tal como acontece por ejemplo con el secuestro en ciertos casos de proceso ordinario o con el registro de la demanda, o también para garantizar que si existe un fallo condenatorio se podrá lograr la efectividad del mismo a través de la realización de bienes especialmente afectados para cumplir con tal misión .

Cuando se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda, o que van a quedar afectados al proceso así no sean objeto del mismo tal como acontece con los bienes que se embargan para asegurar el pago de una obligación cuyo cobro se pretende en juicio ejecutivo.

Incuestionablemente son las medidas reales (embargo , secuestro , registro de la demanda, registro de la matrícula automotriz , comiso) de las más empleadas, en especial las dos primeras citadas, por cuanto se han mostrado como las más efectivas.

4.1.2 Las Medidas Cautelares Personales

Las medidas cautelares personales diseminadas en los estatutos civil, comercial y procesal civil son aquellas que recaen directamente sobre las personas naturales y persiguen evitar perjuicios que éstas en su integridad puedan sufrir o continuar sufriendo , o evitar su desplazamiento , (clara restricción del derecho de locomoción), para asegurar la presencia de la persona dentro de un determinado proceso.

Así, se muestran como ejemplos de ellas la autorización de residencia separada de los conyuges en los casos de juicio de divorcio, el cuidado de los hijos menores en cabeza de uno de los conyuges o de un tercero también, en la mayoría de los procesos de familia, el internamiento del demente en institución especializada en los procesos de interdicción , el arraigo del fallido en los procesos de quiebra, para mencionar algunos casos de los más salientes.

4.1.3 Las Medidas Cautelares Probatorias

Son las que conciernen a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, lo que es lo mismo, todas las pruebas que se pueden solicitar extraprocesalmente, tales como el interrogatorio de partes, los testimonios, la inspección judicial, la exhibición ya que con ellas se busca asegurar la integridad de determinados medios de prueba que se puedan utilizar en un futuro dentro de un proceso.

Toda medida cautelar, no interesa la índole de la misma, estar expresamente permitida en disposición legal que la consagre de antemano y normalmente opera a petición de parte, aún cuando en pocos casos el juez puede de oficio decretarla cuando una norma expresamente lo autoriza.

4.2 EL EMBARGO

Incuestionablemente la más importante por lo efectiva de todas las medidas cautelares, se desarrolla cuidadosamente en el art. 681 del C. de P.C. al cual dedica doce numerales para determinar la forma como se lleva a cabo los embargos atendida la índole diversas que pueden tener los bienes sobre los que recaiga.

Constituye el embargo, como medida cautelar que es un acto por excelen-

cia jurisdiccional encaminado a colocar un bien fuera del comercio en forma tal que una vez practicado el mismo se logra su completa inmovilización en lo que al mundo del negocio jurídico respecta, por cuanto existirá objeto ilícito en la enajenación o gravamen del bien embargado mientras esté afectado por la medida, el artículo 1521 del C.C. así lo dispone.

4.2.1 Naturaleza Jurídica del Embargo : Muchas son las teorías sobre la naturaleza jurídica del embargo que se ha esbozado pero de ellas destacamos la de Guasp quien lo considera como un acto procesal " Y más precisamente un acto de instrucción que se refiere a un proceso de ejecución, dentro del que se integra ", agregando, además, que tiene la categoría de " Un derecho real de carácter procesal, una potestad real que el juez adquiere sobre ciertos bienes, un derecho real del embargante que no puede exceder, no obstante, ni hacerse valer fuera del ámbito del proceso en que se obtiene " . (18) .

Rocco, luego de señalar que el embargo es un acto procesal de los órganos jurisdiccionales dice que en esencia su naturaleza jurídica " consiste en una inyunción, es decir; es una orden que el oficial judicial, como

(18) GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Edit. Hergon, Madrid . 1969. 3ª. edic. Tomo I . pág. 420

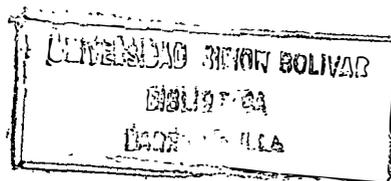
órgano de la función jurisdiccional dirige al obligado ejecutado o al tercero, de abstenerse de cualquier acto encaminado a sustraer a la realización coactiva aquellos bienes que serán objeto de dicha realización coactiva " (19).

Aceptamos , pues lo hallamos indiscutible el aspecto común que tienen estas dos posiciones, el embargo es un acto jurisdiccional , es una acto de instrucción cuya realización compete de manera exclusiva al juez, pues solamente él y desde las más diversas ramas (civil, penal, laboral) puede decretarlo .

No obstante rechazamos la teoría de Guasp en cuanto a que estima que el embargo tan solo se refiere al proceso de ejecución ; que es instrumento del mismo, resulta innegable, pero que lo sea solo para él, no se admite debido a que el embargo como medida cautelar debe operar en todo tipo de proceso en que se requiera el aseguramiento, es más, por esa consagración legal propugnamos en busca de modificaciones legales para la aplicación del campo de acción de embargo.

No obstante, prescindiendo de ese deber ser y tomando nuestra realidad vigente, el embargo cabe en procesos tan disímiles como el ejecutivo o el

(19) ROCCO, Ugo. Tratado . Ob. cit. Tomo IV . págs. 178, 179.



divorcio y nadie discute que este último tiene carácter contencioso cognocitivo.

Además pretender que estamos frente a una modalidad de derechos reales procesales resulta a todas luces un contrasentido, pues la circunstancia de que por los abatares de un proceso pueda darse una relación entre ciertas personas que dentro del mismo intervienen y unos bienes, jamás permite tomar la vinculación como sinónimo de un derecho real que implica la relación de persona y cosa con una facultad de disposición y utilización que jamás se presenta ni respecto del juez, ni mucho menos, respecto del embargante quien, ni dentro del proceso como lo afirma Guasp, ni mucho menos fuera de él tiene potestad alguna sobre el bien.

En suma la teoría de los derechos reales procesales no pasa de ser una de esas elucubraciones que olvidan el carácter instrumental que tiene el derecho procesal y que busca explicar toda la fenomenología jurídica en función del proceso mismo.

Más precisa y acertada es la teoría de Rocco y con ella estamos de acuerdo. Aún cuando en algunas legislaciones se habla de distintas clases de embargo y así ocurría en nuestra anterior legislación que hablaba de embargo cautelar y definitivo de acuerdo con la oportunidad en que se practicara, la actual legislación hizo desaparecer tal diferencia y hoy el embargo es,

como siempre ha debido serlo, una medida única. La oportunidad con que se efectúe en nada cambia su ausencia. Su práctica y finalidad es siempre la misma.

4.2.2 Practico del Embargo: El embargo se realiza de diferente manera, de acuerdo con la naturaleza del bien sobre el cual recae.

El embargo es una medida eminentemente burocrática cuando recae sobre bienes sujetos a registro debido a que toda la actividad para su perfeccionamiento se reduce a la comunicación que un funcionario judicial dirige a otro funcionario (normalmente también estatal aun cuando no necesariamente), informando que un determinado bien, cuya enajenación requiere de la formalidad de inscripción de un título traslativo en el correspondiente registro, queda afecto al proceso como garantía y por lo mismo, fuera del comercio.

Ninguna alteración de la posesión material del bien existe, es el poder coactivo del Estado obrando en su sentido más puro y sin aparente molestia del asociado pues salvo la importante consecuencia jurídica de situación de indisponibilidad en que se sitúa el bien, de resto, la situación de hecho permanece sin alteración alguna.

Muy diversa es la situación cuando se trata de bienes no sujetos a regis-

tro por cuanto dispone el numeral tercero del art. 681 que el embargo respecto de ellos (excluidos algunos casos tales como dinero en cuentas bancarias, créditos y salarios donde la medida es similar a la ya explicada), se consuma mediante el secuestro de bienes.

La práctica del embargo presentan distintas modalidades de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaiga la medida, tales modalidades las analizaremos a continuación:

a) Cuando recae en el derecho de dominio sobre un bien determinado, sea que comprenda la totalidad o sólo una cuota, como ocurre con el comunero, se verifica por la inscripción en el libro correspondiente o la matrícula inmobiliaria, según el caso, del oficio que con tal fin se libra a la oficina de registro de instrumentos públicos respectiva.

El oficio contiene el nombre del proceso, el de las partes, la persona afectada con la medida cautelar y la individualización del bien por su ubicación, denominación o dirección, según sea rural o urbana, respectivamente y los linderos.

Además, la norma no lo exija, pero conforme a la reglamentación de la oficina de registro y para facilitar la inscripción, debe indicarse el título en virtud del cual adquirió el derecho el afectado con la medida y la

correspondiente tradición o el número de la matrícula inmobiliaria.

El registrador debe inscribir el embargo, así quien aparezca como titular sea persona distinta de aquella contra quien se dictó, pues en caso de que esto ocurra, es al juez a quien le compete decretar el levantamiento de la medida, conforme a lo dispuesto por el art. 681, numeral 1, inciso 2; para lo cual precisamente se ordena allegar el certificado de tradición.

La única prohibición de inscribir el embargo se presenta cuando existe otro vigente, pues si bien la norma expresamente no la consagra, se deduce del contenido de las que regulan las medidas cautelares, en especial de las que tratan de la concurrencia y prelación.

Precisamente, a este respecto la ley establece esa prelación en favor del embargo que se decreta con base en garantía hipotecaria, que determina que el registrador lo inscriba, previa cancelación del ordenado con fundamento en el ejecutivo adelantado con título quirografario.

El oficio de embargo, una vez inscrito, se devuelve al juzgado de origen con la anotación respectiva, esto es, el libro, folio y demás, o la matrícula inmobiliaria que corresponde al bien.

La devolución la hace directamente la oficina de registro al juzgado, se-

gún mandato imperativo de la norma, lo cual excluye que se entregue a persona alguna, así sea el ejecutante y que obedece a la necesidad de eliminar intermediarios que puedan demorarlo.

Junto con el oficio de embargo diligenciado se envía, a costa o cargo del acreedor, el certificado de tradición, por un período de 20 años, si fuere posible, a fin de que el juez se informe de la situación jurídica del bien, concretamente quién es en ese momento el titular del dominio y que gravámenes lo afectan.

b) Si se trata de derechos que por razón de mejoras o plantaciones se tengan sobre un inmueble, sea propio o ajeno, la medida cautelar se realiza mediante el secuestro de ellas.

En este caso el secuestre le compete realizar las gestiones necesarias para el desarrollo y colección del cultivo, cuyo producto debe poner el secuestre a órdenes del juez o enajenarlo, en caso de que sea fácilmente corruptible.

c) Cuando es un crédito u otro derecho similar, el embargo se perfecciona mediante notificación hecha al deudor a fin de que se abstenga de cancelarlo al acreedor, y para que, en su lugar, lo haga el secuestre .

La notificación al deudor se verifica mediante oficio que se le entrega personalmente y de lo cual se deja constancia en el expediente. El oficio se concreta a comunicarle al deudor del crédito el embargo, advertirle que las cantidades adeudadas y las que se causen en el futuro, por cualquier concepto, como interese, etc., debe pagarlas al secuestre, so pena de que si lo hace a otra persona quedan afectadas de nulidad, y que informe al juzgado, dentro de los 3 días siguientes a su recibo, si se le notificó con antelación alguna cesión de ese crédito y en caso afirmativo, el nombre del cesionario.

Para dar cumplimiento a la prevención que se le hace en el oficio, el deudor del crédito afectado con el embargo debe informar en el acto de la notificación, es decir; cuando éste se le entrega y en el acta que al efecto se ha de sentar, o dentro de los tres días siguientes, cual es el monto del crédito, las cantidades adeudadas, la forma de pago y si ha sido objeto del embargo se puede obtener, se le entrega al secuestre, quien siempre tiene que ser nombrado, pues si bien la medida cautelar se perfecciona con la entrega del oficio, al secuestre le corresponde recibir el pago e inclusive obtenerlo judicialmente, según lo preceptúa el art. 681, numeral 4 del C. de P. C.

Varias secuelas se desprenden de dicho precepto, en efecto, en primer lugar, siempre debe nombrarse el secuestre, por ser la única persona legiti-

mada para recibir el pago ; en segundo lugar, no es indispensable que se le haga entrega del título contentivo del crédito, ya la norma prevé esta posibilidad pero no la impone ; y en tercer lugar, que el secuestre, en caso de que no se le cancele voluntariamente el crédito puede instaurar el correspondiente proceso ejecutivo.

En esta última escuela no dice la norma cual es el documento que sirve de título ejecutivo cuando no se pudo entregar al secuestre al contentivo del crédito materia del embargo.

Consideramos que debe serlo el auto mediante el cual se decreta la medida cautelar, medida que comprende tanto el embargo como el secuestro y obviamente, la persona designada como secuestre, la diligencia de posesión de éste y la constancia de entregar del oficio al deudor.

Es factible que con posterioridad al embargo del crédito y cuando el documento contentivo de éste y la constancia de entregar del oficio al deudor.

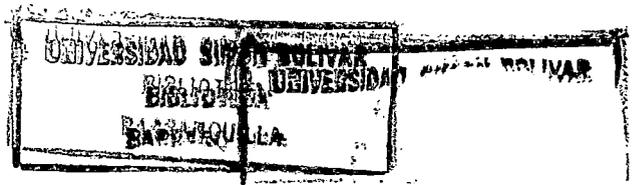
Es factible que con posterioridad al embargo del crédito y cuando el documento contentivo de éste no pudo obtenerse para entregárselo al secuestre, el acreedor de dicho crédito instaure ejecutivo contra el deudor del mismo para obtener el pago.

Creemos que lo indicado es que el deudor proponga la excepción de ilegitimidad de personería, por haber perdido el ejecutante la calidad de acreedor, que en virtud del embargo del crédito se radica en el secuestre .

d.) El de derechos o créditos que la persona contra quien se decretó el embargo persiga o tenga en otro proceso , se realiza mediante la comunicación que se le hace al juez que conoce de el y se considera perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio que al efecto se libra en el respectivo despacho judicial .

Esta modalidad contempla el caso del embargo de un crédito cuando el acreedor de éste ya a insaturado ejecución contra el deudor para obtener el pago de la obligación. Tiene efectividad con el envío que hace el juez que conoce de esa ejecución al que le ordenó la medida del dinero depositado por el deudor o del obtenido en virtud del remate de bienes o por embargo directo , como ocurre con los sueldos, rentas, cuentas corrientes, etc.

e) El de acciones en sociedades anónimas o en comanditas por acciones, bonos, certificados de deposito, unidades de fondos mutuos, títulos similares o efectos públicos nominativos, se verifica mediante oficio que se libra al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa o



al representante administrativo de la entidad pública y en el cual se le hacen las mismas prevenciones previstas para el caso del embargo del crédito.

La persona a quien se le envía el oficio debe contestarlo dentro de los 3 días siguientes e indicar al juez la cuantía, cantidades que están pendientes de cancelarse al deudor, las utilidades que le corresponden, los embargos anteriores y las cesiones que existen, designando el nombre del beneficiario y la fecha en que se verificó.

Al igual que en el caso del crédito no perseguido judicialmente, es necesario nombrar secuestre, a quien se le deben entregar las cantidades que le correspondan al deudor por los conceptos mencionados.

Así mismo, el secuestre está legitimado para instaurar el ejecutivo tendiente a recaudar tales cantidades y además, exigir rendición de cuentas o promover cualquiera otra medida autorizada por la ley con esa finalidad, como es la exhibición de libros de contabilidad, etc. Esto obedece a que el secuestre sustituye al deudor en la sociedad y por ende, tiene los mismos derechos que al socio le reconocen la ley y los estatutos sociales.

f) En el caso de los mismos títulos mencionados en el numeral anterior y de los efectos negociables, hoy títulos valores, pero a la orden del por-

tador, el embargo se practica solo mediante la entrega del respectivo documento al secuestre, quien dispone de idénticas facultades y derechos a los que le concede la ley en los nominativos.

La exigencia de la norma en cuanto al secuestro es lógica, pues como se trata de créditos a favor del portador, cualquiera que los tenga en su poder se considera legítimo tenedor y por tanto facultado para cobrarlos; de manera que la única forma de limitar su endoso o transferencia y de que quedan afectados con la medida cautelar, es con la entrega que se hagan al secuestre.

g) Cuando se trata del interés de un socio en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada u otra igualmente de personas, el embargo se practica mediante oficio que se libra a la entidad encargada de la métrica y el registro de sociedades, generalmente la cámara de comercio, comunicándole que debe abstenerse de registrar cualquier transferencia que se haga de él o del gravámen que lo afecte e inclusive, la reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique exclusión o disminución de los derechos del socio afectado con la medida cautelar.

Se comunica también al representante de la sociedad para que éste informe en el acto de notificación o por escrito dentro de los 3 días siguientes sobre la situación jurídica en que se halla el interés del socio afectado con

el embargo, es decir ; que así como se hace en el caso de los créditos, indique a cuanto asciende el aporte, el gravámenes lo afecta, que le corresponde por concepto de utilidades y que cantidades están pendientes en ese momento de cancelársele, por quedar incluidas en la medida cautelar.

h) Cuando el embargo recae sobre el derecho que tiene un socio en sociedad en comandita, se perfecciona mediante el oficio que se envía al socio o socios gestores , en el cual se le hacen idénticas prevenciones a las expuestas en el caso anterior y así mismo , estos deben informar en dicho momento en que situación se encuentra el aporte afectado con la medida.

i) Si el embargo se dirige sobre el aporte que el deudor afectado con la medida tiene en una sociedad civil, pero sujeta a las mismas formalidades de las comerciales, esto es, el registro o inscripción en la oficina señalada para tal efecto, generalmente la cámara de comercio, se verifica en igual forma a la expuesta para el caso de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada.

j) Si se trata de interés de un socio en sociedad civil no sometida a las formalidades especiales en cuanto a inscripción en oficina alguna y en las de hecho - que tiene similitud con aquellas, por lo cual, ante el silencio de la ley, debe aplicárseles el mismo precepto, por analogía, - el embargo

se comunica al gerente o liquidador, según el caso y a los demás socios, advirtiéndoles que no pueden autorizar ni aceptar ninguna transferencia del derecho afectado con esa medida, so pena de que se hagan personalmente responsable por su valor.

El embargo, igual a como acontece con los créditos, comprende tanto el aporte como las utilidades o cualquier otra cantidad que en razón de la sociedad le corresponda, sea que se haya causado y no cancelado o que se causen en el futuro.

k) Si la medida recae sobre sueldos o salarios, el oficio se envía a la persona encargada de efectuar el pago, sea gerente, pagador o administrador, para que proceda a realizar el correspondiente descuento y lo deposite a órdenes del juzgado en su respectiva cuenta corriente, enviando o éste el título. Los descuentos sólo afectan a las cantidades que se perciban por el concepto indicado en el oficio de embargo y se realizan a partir del derecho de la comunicación.

m) Cuando se trata de dinero depositado en cuenta corriente o de ahorros, el oficio de embargo se libra al gerente de la respectiva entidad a fin de que proceda a efectuar la retención de la cantidad indicada y ponerla a órdenes del juzgado, consiguiéndola en la cuenta de éste, procediendo luego a enviar el título.

De acuerdo con lo ordenado en el auto que decreta la medida cautelar, el oficio debe indicar la cantidad que es materia del embargo, por lo cual, si el afectado con la medida tiene una suma inferior, se hace extensiva a los depósitos que posteriormente se efectúen y hasta cubrir el límite señalado.

A contrario sensu, si el dinero depositado es mayor que el señalado en el oficio, la retención se limita a la cantidad indicada en éste, quedando la diferencia a disposición del cuentacorrentista afectado con el embargo.

n) Cuando se trata de bienes que ya se encuentran afectados con medidas cautelares practicadas en otro ejecutivo, se presenta el fenómeno conocido como EMBARGO DE REMATE, que con más propiedad debería referirse a las medidas cautelares, por comprender también la otra modalidad de ellas, que es el secuestro.

En este supuesto, la medida se cumple mediante oficio que se libra al juez que conoce del proceso en donde se encuentran afectados los bienes, haciéndole saber el embargo del remanente.

Este se considera perfeccionado luego que se recibe el oficio, por lo cual debe dejarse constancia de ello en el expediente y aun en el mismo oficio, se acostumbra; aunque no es necesario, pero si conveniente, proferir un au-

to en que se reconoce el embargo del remanente.

Las consecuencias o manera como tiene efectividad el embargo de remate varían según la forma como termine el ejecutivo en donde la medida se registró.

Si los bienes se rematan, y después de cancelar el crédito y costas en que ese proceso se persigue, queda dinero sobrante, se pone a órdenes del juzgado que decretó el embargo de remanentes, consignándolo, idénticamente a como lo expusimos para el caso de los salarios.

De lo contrario, esto es, si el producto del remate es insuficiente - no alcanza para cubrir el crédito que se cobra en ese proceso o sólo lo cancela parcialmente -, esta circunstancia se comunica al juez que decretó el embargo del remanente, que, por tanto, es ineficaz. En cambio, si la ejecución termina por transacción o desistimiento, - incluido el pago, por cuanto también produce culminación del proceso, así la norma no lo mencione -, los bienes continúan afectos a las medidas cautelares, pero ya por cuenta del juez que decretó el embargo de remates.

La manera de proceder para que las medidas cautelares que terminan en un proceso continúen vigente en el que se decretó el embargo de remanentes es diferente, según se trate de secuestro o embargo solamente. En efecto, en el caso de secuestro - sea que se haya practicado como única medida,

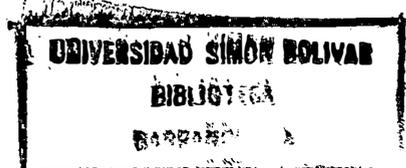
tal el que verse sobre muebles , en que implica el embargo, o después de verificado éste, como acontece con los inmuebles -, el juez que conoce del ejecutivo donde se llevó o cabo le envía copia de la correspondiente actuación al que decretó el embargo, basta que el juez que lo decretó comunique al funcionario, persona o entidad encargada de inscribirlo y por tanto hacerlo efectivo, que la medida termina en ese proceso pero continúa vigente en el ejecutivo donde se ordenó el de remanentes.

n) El embargo de bienes muebles se verifica mediante el secuestro.

o) Para el embargo de mejoras o cosechas que tenga el deudor afectado con la medida en un bien que no le pertenece, se hace previniéndole de que para efectos de lo relacionado con ellas, sus productos o beneficios, debe entenderse con el secuestro, a quien corresponde hacerle el pago.

Así mismo se le debe comunicar la propietario del predio, por considerarse que él tiene un crédito a su cargo por concepto de mejoras o cosechas, pero que se abstenga de pagarlo al interesado y se entienda al efecto con el secuestro.

La disposición prevé la hipótesis en que el dueño de las mejoras o cosechas tenga el predio por concepto de arrendamiento, usufructo, uso, o sea poseedor. Sin embargo, al incluir como objeto de la medida cautelar o las mejoras o cosechas incurre en una falta, por cuanto el em-



bargo - y en la forma dicha - es el indicado en relación con aquellas, pero no para éstas, las cuales, por su condición, como afinadamente lo preceptúa el art. 682, numeral 7 del C. de P. C., exigen el secuestro.

Entonces lo indicado es practicar el secuestro simbólico en el caso de las mejoras, en cuanto a que el propietario de ellas y el del predio deben entenderse con el secuestro, mientras que es efectivo cuando se trata de cosechas, pues éste es el encargado de recogerlas y si es el caso, venderlas.

La norma hace una reglamentación independiente, aunque está incluida en el mismo numeral que prevé el embargo que examinamos, por tratarse de una situación que tiene premisas semejantes, que ocurre cuando se trata de mejoras plantadas por personas en terrenos baldíos, a cuyo efecto la medida cautelar se concreta a notificarle a ésta que se abstenga de enajenarlas o gravarlas. En este caso si descarta las cosechas, como es lo correcto - conforme lo expresamos - , ya que lo indicado es secuestrarlas de manera efectiva.

p) El embargo de los derechos proindiviso en bienes muebles se realiza mediante secuestro simbólico, por cuanto no implica entrega de la cosa al secuestro, ya que violaría el derecho de los restantes comuneros. Por consiguiente, el secuestro se limita a reemplazar al condominio afectado con el embargo..

Los otros copropietarios deben, pues, entenderse con el secuestro, a cuyo efecto se les hace la pertinente prevención.

La norma no menciona expresamente el embargo de los derechos del comunero, cuando recae sobre bienes inmuebles en razón de que están comprendidos entre los sujetos a registro, por ser ese el medio de realizarlo.

q) La norma tampoco prevé de manera expresa el caso de embargo de rentas únicamente, como acontece con el arrendamiento. Consideramos que esta situación encaja dentro de la hipótesis contemplada para los salarios y sueldos, por lo cual la manera de hacer efectivo del embargo es comunicándolo, mediante oficio, a la persona obligada a cancelar la suma periódica, para que ella informe el juzgado lo relativo a las situación y efectúe los depósitos respectivos.

4.3 EL SECUESTRO

De acuerdo con lo preceptuado por el art. 2273 del C.C. el secuestro "es el depósito de una cosa que se disputan dos o más personas individuos, en manos de otro que dene restituirla al que obtenga una decisión judicial a su favor".

Dicha definición no es exacta, pues incluye dos distintivos que no le corresponden o las figuras, cuales son, de una parte la disputa de una

cosa, pues esto no es cierto en la mayoría de las veces y se descarta por completo en el proceso ejecutivo; y de otra parte, que la restitución debe hacerse a quien obtenga una decisión judicial en su favor, por cuanto no haya controversia sobre el bien.

Por tal razón, consideramos adecuado y completo al decir que consiste en la entrega que de una cosa o conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga en depósito y en ocasiones como administrador, a nombre y órdenes de la misma autoridad, para ser entregada cuando y a quien ésta disponga.

El secuestro como medida cautelar es autónomo del embargo y con efectos jurídicos bien diferentes a la luz de la legislación colombiana por cuanto el secuestro, no pone los bienes fuera del comercio, la única medida cautelar que tiene tal consecuencia, por disposición legal, es el embargo y es por esta razón evidente que cuando el embargo viene a quedar perfeccionado, consumado con una diligencia de secuestro, es que los bienes pasan al campo de la indisponibilidad.

En suma solo el secuestro como medida que perfecciona el embargo tiene tal poder jurídico. Si el secuestro no está precedido de una orden de embargo, si el secuestro se decreta a secas, es una medida cautelar pues sirve para asegurar el resultado de un juicio, pero no coloca los bienes

fuera del comercio , así de hecho por tal circunstancia se restrinja su comercialidad, pero muy diferente es que no se quiera comprar un bien debido a que está sometido a problemas de orden judicial y otra totalmente diversa es que no se pueda adquirir el mismo .

Ciertamente, el efecto del secuestro es muy variado ya que puede tomarse como medida autónoma tal como ocurre con el secuestro de bienes, cuando se ha dictado en juicio que versa sobre derechos reales radicados en inmuebles, fallo favorable al demandante (art. 690 numeral 5) en primera instancia, o cuando se practica como medida cautelar en el proceso de sucesión o en el proceso de divisorio.

El secuestro puede actuar como medida complementaria del embargo, el cual, por si solo ya ha cumplido su finalidad, es ejemplo clásico de un inmueble que ha sido embargado y que, posteriormente, debe ser secuestrado para poder llevar a cabo el remate en orden a asegurar al postor que al adjudicársele el bien no tendrá problema alguno para su entrega.

El secuestro opera también como medida consumatoria del embargo que es precisamente el evento del numeral 3o del art. 681 donde los bienes fuera del comercio, no por el secuestro en si mismo considerado, sino por tratarse del perfeccionamiento, mediante su práctica de un embargo, debido a la posibilidad para que el embargo respecto de ciertos bienes pueda surtir

sus efectos con la sola tramitación burocrática que citamos, requiere de la ayuda necesaria del secuestro para que se consume, es decir; queden los bienes fuera del comercio.

Y tan cierto es lo anterior que si un juez, por ejemplo; decreta el embargo de los bienes muebles que un demandado tenga en su casa de habitación, tal orden, a un imaginandola, para extremar que llegue al punto de identificar esos bienes con detalles, no ponerlos mismos fuera del comercio hasta tanto no sean objeto de la diligencia que mencionamos, pudiéndose entender, el porqué en muchas ocasiones se habla indistintamente de embargo o de secuestro para referirnos a una medida que esencialmente es la de embargo.

Constituye el secuestro medida única al igual que el embargo, es decir; que no es dable aceptar que existan diferentes clases de secuestro pues cuando la medida opera tiene idéntica estructura jurídica, de ahí que deba desterrarse la idea contraria por la circunstancia de que en algunas disposiciones el legislador haya cualificado, tal como acontece dentro del proceso de sucesión donde se habla de secuestro provisional y de secuestro definitivo en los art. 579 y 595 del C. de P. C.

En los dos casos el secuestro es el mismo como medida cautelar, y si se recuerda que como tal siempre será provisional no resulta técnico hablar de

secuestro definitivo, solo que el legislador utilizó la primera expresión en estricto rigor pleonástica por cuanto todo secuestro es provisional como medida cautelar que es, para significar el que se puede llevar a cabo antes de la iniciación del proceso de sucesión y como definitivo el que dentro del curso del juicio de sucesión y hasta la ejecutoria de la sentencia, que aprueba la participación, es menester realizar cuando existen discrepancias entre coasignatarios o entre estos y el conyuge o el albacea con tenencia de bienes, pero tan provisional es el uno como el otro.

4.3.1 Oposiciones al secuestro: La oposición es el acto en virtud del cual una persona, con fundamento en la posesión que tiene sobre el bien, sea en nombre propio o ajeno, solicite al juez que se abstenga de practicar el secuestro.

En principio tiene derecho a oponerse al secuestro toda persona distinta de aquélla contra quien se decretó la medida, así tenemos la siguiente:

4.3.1.1 El demandado: El Profesor Morales Molina cita jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia, según la cual en las ejecuciones del Ejecutado no tiene derecho a oponerse al secuestro. (20).

(20) MORALES MOLINA, Hernando. No. 257. 238 p.

el criterio es indiscutible cuando el demandado pretende oponerse como tal, puesto que las normas le brindan otros medios para obtener, o que no se consume la medida o para que se levante.

En efecto, en los procesos ordinarios le permite habiendo inscripción de la demanda y sentencia favorable al demandante, prestar caución dentro del término que el Juez le señale, para asegurar la restitución de los bienes, sus frutos y productos. En los procesos de divorcio de nulidad de matrimonio Civil y de separación de cuerpos y de bienes de liquidación de sociedad conyugal, puede solicitar el levantamiento de las medidas que afecten sus propios bienes, mediante incidente.

En los Procesos de ejecución autoriza al ejecutado para impedir el embargo si presta caución en dinero para el pago del crédito y los costos, suma de dinero que queda embargada, o si presta caución bancaria o de compañía de seguros, por la cuantía que el juez le exige.

De manera que el demandado, como demandado no puede oponerse al secuestro, sin embargo; si tiene bienes en su poder ya como tenedor, ya que como mero poseedor y no como dueño, parece que alegando un derecho a nombre de tercero de quien recibió, tenencia o la posesión de bienes de que no es dueño, tiene derecho a oponerse, puesto que los bienes que el demandante denuncia para el secuestro, son aquellos que pretende son suyos y que el demandado posee, o aquellos que habiendo embargado, se denuncia como propios del demandado, punto

4.3.1.2 Oposición de un secuestro: Las reglas de procedimiento en vigor no son tan explícitas como las que traía , sobre el particular la abolida Ley 105 de 1931, (Art.280 y 1013). Pero si hay disposición que prevee la prevalencia de embargo (C. de P. C. Arts. 558 y 691, 692), de las cuales se deduce que una misma cosa no puede ser objeto simultáneamente de dos embargos o secuestros , débese colegir que si al momento del secuestro al juez se le prueba que los bienes están ya secuestrados y que la medida está vigente, tiene que admitir la oposición del secuestro y abstenerse de practicar el segundo.

Que no pueda darse más que un embargo o un secuestro sobre una misma cosa de manera simultánea, ha tenido que deducirlo de la Doctrina de los Arts. 543, 558, 691 numeral 2 del C. de P.C) (21), y así lo insinuó también el Tribunal Superior de Bogotá con fundamentos en el Segundo de los Arts. citados (22).

4.3.1.3 Oposición del Tenedor: Tenedor es, según la definición sustancial , la persona que tiene una cosa en su poder , reconociendo sobre ella, derecho de otro.

En lo tocante a la oposición al secuestro, la Ley previene expresamente dos ocurrencias. La del tenedor cuyo derecho deriva de la persona contra quien se decretó la medida y es anterior a la diligencia, y la del tenedor que deriva su derecho de un tercero.

²¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Numeral 162 . p.367.

²² TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Auto del 17 de Nov. 1977. Ejecución con título hipotecario de Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda. (DAVIVIENDA). Contra Cornelia Akelaifis. De Ténel. Juzgado 9.

La primera es, en las ejecuciones , una aplicación concreta del derecho que al arrendatario se le confiere, cuando el acreedor persigue la cosa que este entregó en arrendamiento, y de lo que se prevee, para el comodato cuando la cosa es embargada en manos del comodatario . La regla es aplicable también al depositario y por analogía, y de la previsión general de procedimiento , que habla acertadamente de tenedor , es aplicable al mandatario cuando ha recibido cosas para la ejecución del mandato .

A.- Tenedor que deriva su derecho de la persona contra quien se decretó el secuestro, derecho adquirido antes de la diligencia, Del contexto de la disposición que previó esta situación de hecho en el momento de practicarse el secuestro, deducese que han de cumplirse estos requisitos:

- a.- Que el tenedor esté presente en el lugar de la diligencia de secuestro.
- b.- Que alegue su calidad de tenedor.
- c.- Probar la tenencia.
- d.- Que la tenencia provenga de la persona contra quien se decretó el secuestro.
- e.- Que el origen de la tenencia sea anterior a la diligencia.

B.- Tenedor que deriva su derecho de un tercero. Son requisitos para admitirle la oposición a este tenedor:

- a.- Tener los bienes en el momento de la diligencia.
- b.- Tenerlos a nombre de otros.

c.-Aducir prueba por lo menos sumaria de la tenencia.

C.- Oposición de un tercero poseedor: Poseedor es quien tiene una cosa en su poder sin reconocer derecho de otro, o quien ejerce un derecho como propio.

D.- Pruebas y requisitos . (C. de P. C. Art. 687 -2) . Del contexto de la norma respectiva y así lo han interpretado Jurisprudencia y Doctrina . (23). Se deduce que condiciones son necesarias para la admisibilidad de la oposición.

a.-Que sea tercero.

b.-Que alegue posesión material.

c.-Que aduzca prueba por lo menos sumaria de la posesión material.

4.3.2 Oportunidad para oponerse al secuestro : las actitudes dilatoria y hasta de mala fe que la falta de previsión legal hizo que se presentaran, fue motivo determinante , para señalar hasta cuando son atendibles las oposiciones formuladas hasta el día que se identifique respecto de los cuales alguien pretende oponerse (C. de P. Cs Art. 686 - 2 inciso 2).

(23) TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Auto del 27 de octubre de 1976. Ejecución Singular de Guillermo León Duque. Contra Hernando Carmona que cursó en el Juzgado 4 Civil del Circuito de Bogotá, HERNANDO DEVIS ECHANDIA. Op. Cit. 166-2. P. 374. HERNANDO MORALES MOLINA. Op. Cit. Numeral 257 P. 237.

De manera que practicada la diligencia en varios días; no será atendible a la oposición formulada respecto del bien identificado en día anterior.

La oposición atendible es aquella propuesta el día en que se identificó la cosa sobre la que se alega tenencia o posesión, en cuanto sea alegada en la misma diligencia. Entender que puede formularse en el mismo día de identificación de la cosa pero fuera de la diligencia, esto es, ya consumada, es desconocer el propósito o finalidad de las reglas que sancionan la oposición. Aún más : para garantizar el derecho de los terceros se prevé otra solución legal, y sería resolver sin oír al demandante. Entonces, el texto legal debería decir: Oposiciones atendibles: Aquellas formuladas en la diligencia inmediatamente, después de identificadas las cosas objeto de la oposición. Empero, aunque así no lo dice, ese es su entendimiento.

4'3'3 Práctica del Secuestro. Para la práctica del secuestro debemos tener en cuenta lo siguiente:

A.-Señalamiento de la fecha y hora para la diligencia y designación del secuestro.

En el numeral del Art. 682 se dejó claro que no se puede suspender la diligencia porque no consurren estos, según el numeral 2 del Art. 9, sino que el Juez tiene el deber de proceder a su reemplazo de inmediato, echando mano de quien logre encontrar siempre que figure en las listas oficiales sobre auxiliares de la justi -

cia, cuando estas existan, sin necesidad de respetar el orden rotativo que como regla general se exigen en el Art. 9. El juez debe salir de su despacho con el secuestre, pues la diligencia se inicia allí. Por tanto es en el despacho donde se produce, el reemplazo. Como dice el Art. 9, cuando en el respectivo despacho faltare la lista, se acudiría a la de otro del mismo lugar y en su defecto se hará la designación en persona que el juez considere calificada.

Sería mejor implantar en Colombia, en materia de secuestros, el sistema venezolano, que ha dado buenos resultados, según el cual se organizó la progresión de secuestre, dando libertad para que cualquier persona pueda obtener la credencial correspondiente, pero con una serie de requisitos que den garantías de buena custodia de los bienes y que eviten sus uso indebido, o su pérdida. El primero de ellos es que se disponga de bodegas suficientemente calificadas sean propias o tomadas en arrendamiento, y luego que se de caución permanente por una suma que señala el Ministerio de Justicia y que cuando el valor de los bienes llevados a esa bodega cubre el de la garantía inmediatamente tiene que duplicarse; además se controlan los antecedentes del peticionario, como es obvio. Este sistema a parte de los buenos resultados que ha dado, tiene ventajas extraordinarias.

En el Código de Procedimiento Civil se autoriza al gobierno para reglamentar lo relacionado con el desempeño del cargo de secuestre y con la custodia, manejo y disposición de los bienes secuestrados, conforme al inciso final del Art. 683, precisamente con el objeto de que pueda elaborarse un estatuto similar al venezolano, y en el decreto sobre auxiliares de la justicia se exigió que por ahora se dé preferen-

cia para la formación de listas de secuestres a las personas que ofrezcan tener bodega. Lo cual es fácil de realizar en los pueblos, ya que en estos se pueden conseguir casas desocupadas y se puede contratar una cualquiera y adaptarla como bodega. Lo importante es que se tenga la seguridad de que los bienes secuestrados están en determinado lugar, y así evitar no sólo que los mismos abogados tengan que buscar el bien secuestrado, sino también el mismo secuestre.

Muchos se avanzó en el estatuto sobre auxiliares de la justicia, porque contienen también en la prohibición de usar los bienes, que era otro abuso de diaria o -currencia. Además en el inciso final del Art. 688 se prohíbe al secuestre alegar retención por ningún motivo. También se le exige consignar inmediatamente en la cuenta bancaria del juzgado los dineros que se recauden y depositar las joyas y valores en bancos u otros establecimientos similares, y las mercancías en bodegas o almacenes generales de depósito, como lo dispone el Art. 10 y el Art. 682 numeral 4, de lo cuál informará al juez al día siguiente.

B.- Entrega de los bienes al secuestre.

El numeral 2 agrega que la entrega de los bienes al secuestre se hará previa relación de ellos en el acta, con la indicación del estado en que se encuentren. La única novedad está en la frase final. Claro, que no se trata de exigirle al juez una relación minuciosa, pero sí al menos que explique la impresión que a primera vista tenga sobre el estado en que se encuentran las cosas secuestradas porque, esto

puede servir para establecer luego si ha habido uso indebido o responsabilidad del secuestro por los daños que la cosa haya sufrido.

C.- Secuestro simbólico de derechos proindivisos en bienes muebles.

El Numeral 3 agrega que cuando se trate de derechos proindivisos en bienes muebles, se procederá como lo dispone el numeral 12 del Art. 681, es decir, se comunicará a los condueños que se entiendan con el secuestro.

D.- Depósito de los bienes.

El Numeral 4 del Art. 682 regula tal punto, como ya lo explicamos.

E.- Secuestro de Vehículos de servicio Público.

El inciso 1 del numeral 4 del Art. 682. Dice al final que cuando se trata de vehículos de servicios público, se estará a lo estatuido en el numeral 2 del Art. 684; es decir, que no se pueden embargar los bienes si es empresa oficial, pero sí la renta líquida que produzcan, y cuando se trate de empresa particular el secuestro se practicará como el de la empresa industrial lo que quiere decir que no se debe suspender el servicio, ni retirar el vehículo del servicio público que esté prestando. Es una medida de interés tanto para la colectividad como para las partes, porque así habrá la posibilidad de pagar la deuda con el producto, sin

H) Secuestro de Almacenes y Establecimientos similares : El numeral 6 del art. 682 trae una reforma importantísima en la práctica de los secuestros de establecimientos y almacenes similares . En primer término dispone que se entregarán al secuestro , quien continuará administrándolos en la forma señalada en el numeral anterior, con el auxilio de los dependientes que en ese momento existieren y los que posteriormente designa de conformidad con el numeral 6 del art. 9 es decir; bajo su responsabilidad y previa autorización del juez, y consignará los productos liquidados (es decir, deducidos los gastos) en la forma indicada en el art. 10 o sea en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado, a menos que el juez lo autorice a manejarlos en una cuenta bancaria personal con la denominación del cargo que desempeña.

Esta cuenta no podrá ser embargada por otros acreedores del deudor, porque es personal del secuestro y esos dineros se consideran embargados para los efectos del embargo que dió origen a ese secuestro.

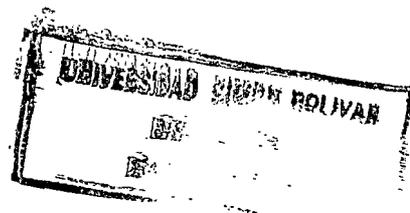
Agrega el inciso primero de dicho numeral que el propietario del almacén o establecimiento solo puede intervenir en la administración y manejo del establecimiento, como simple asesor del secuestro, pero podrá vigilar la actuación de éste y lógicamente presentar ante el juez las quejas que considere oportuna y para los fines que establece el art. 688 .

El inciso segundo del numeral 6 tiene todavía mayor importancia. Se

Se resuelve con él un problema grave, que consiste en la necesidad de inventariar las existencias del establecimiento, para que pueda controlarse su manejo por el secuestrador y al mismo tiempo se sepa qué es lo que debe evaluarse y si es el caso rematarse; pero el ejecutante puede prescindir del avalúo y del remate y pedir que se le pague con el producido líquido del establecimiento, conforme autoriza el inciso final del Art. 516. Esas diligencias son generalmente largas y dispendiosas, por lo que significan para el juez una tremenda pérdida de tiempo y mucho trabajo. Gracias al inciso que examinamos, el juez estará ausente de tal diligencia, la cual se hará por el secuestro y las partes o personas que estas designen, sin la presencia de aquél, y copia firmada por quienes intervengan se agregará al expediente. La última frase significa también que si las partes no concurren, ni mandan representantes, el secuestro hará el inventario con la ayuda de los empleados que allí existan o de las personas que para ello escoja.

1.- Secuestro de cosechas pendientes o futuras.

El numeral 7 del Art. 682 regula el secuestro de las cosechas pendientes o futuras, y dice que se practicará una diligencia en el inmueble para dejarlas a disposición del secuestro, quien adoptará las medidas conducentes para su administración, recolección y venta en las condiciones ordinarias del mercado. armoniza este texto con el numeral 5. Es un sistema práctico y sencillo que resultará muy ventajoso.



J.- Secuestro de empresas industriales, mineras o distintas de las contempladas en los numerales anteriores.

Según el numeral 8 del Art. 682, el secuestre asumirá la dirección y manejo del establecimiento, procurando seguir el sistema de administración vigente y el funcionamiento normal de la empresa, mientras no haya motivo justificado para variarlos. Esta norma debe relacionarse con la contenida en el numeral 6 del Art. 91 con el Art. 10 del Código, conforme a los cuales el secuestre podrá designar bajo su responsabilidad y con autorización del juez los dependientes que sean indispensable para el buen desempeño del cargo y señalarles sus funciones, correspondiéndoles al juez señalarles la remuneración por providencias que no son apelables, y podrá el juez autorizar al administrador para que, bajo su responsabilidad personal, lleve los dineros a cuenta corriente bancaria con la denominación del cargo que desempeña; lo último tiene por objeto que no puedan ser embargadas esas cuentas por los acreedores del secuestre o administrador, ni por los demás acreedores del mismo deudor o de la empresa embargada, puesto que los dineros se consideran embargados en el proceso donde se decretó ese secuestro.

Agrega el numeral 8 que el gerente o administrador de la empresa en el momento de practicarse el secuestro, continuará en el cargo bajo la dependencia del secuestro, lo cual significa dos cosas: Que aquél seguirá devengando su sueldo y controlando el movimiento de la empresa, para que haya más seguridad del buen manejo por parte del secuestro, y que, como lo dice a continuación del mismo numeral, ese gerente o administrador no podrá ejecutar acto alguno sin la autorización del

secuestre, ni disponer de bienes o dineros, con lo cual se precisa exactamente el alcance de las funciones que desempeñará a partir de ese momento. Es decir, el secuestre será quien mande, maneje los bienes y dinero, haga compras de materias primas, ordene reparaciones, pague sueldos, despida trabajadores cuando ello sea necesario, contrate nuevo personal con previa autorización del juez según el numeral 6 del Art. 9, etc; el gerente o administrador apenas tendrá funciones de colaboración y vigilancia, pero podrá presentarles al juez quejas contra los manejos del secuestre cuando lo estime necesario, y en tal caso deberá tramitarse el incidente de que trata el num. 2 del Art. 688.

Advierte la parte final del primer inciso del numeral 8 que si no existe gerente o administrador de la empresa en el momento del secuestro, el propietario podrá ejercer las mismas funciones que para ellos se señalan allí. Es una disposición obvia, que persigue armonizar la eficacia del secuestro con el derecho de defensa del propietario.

El inciso 2 del mismo numeral 8 dispone que la maquinaria que esté en servicio se dejará en el mismo lugar, con el fin de mantener el funcionamiento normal de la empresa. Pero como debe preverse la fácil entrega de las maquinarias al rematador, si llegare el caso, agrega dicho inciso que el secuestre podrá retirarlas una vez decretado, el remate, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la policía. Es necesario aclarar que esta facultad del secuestre se refiere a los casos en que apenas se han secuestrado algunas maquinarias de la empresa y no cuando toda ha

sido objeto del secuestro en la forma que regula el inciso primero; porque en la última hipótesis el suestre sigue administrando la empresa y por tanto podrá hacer entrega de las maquinarias a los rematadores sin ningún problema, pero mientras tanto debe conservar el funcionamiento normal de la empresa, a menos que por ser económicamente ruinoso deba suspenderlo para proteger los intereses tanto del deudor como de los acreedores, pues el inciso primero dice que : "Procurará" y no que "deberá" seguir el sistema de administración vigente; para esto y si lo desea puede pedir autorización al juez, pero esta no es necesaria.

K.- Dinero que encuentre el juez al practicar el embargo.

Según el numeral 9 , el dinero que encuentre el juez en la empresa o establecimiento que secuestre, o cuando practique esta medida en una casa de habitación u oficina y en cualquier otro lugar, debe consignarse inmediatamente en la cuenta de depósitos judiciales. No se hace excepción para el caso de que ese dinero sirva para los gastos normales de la empresa secuestrada, de manera que siempre deberá ser depositado en dicha cuenta.

L.- Secuestro de títulos de crédito, alhajas y otros objetos preciosos.

De acuerdo con el numeral 1, el secuestre los entregará en custodia a una entidad bancaria o similar, previa su completa especificación, de lo cual informará al juez al día siguiente. Este numeral se relaciona con el Art. 10 del Código, que

confiere a una norma similar.

LL.- En caso de que el juez encuentre bienes inembargables.

Significa el numeral 11. Que si el juez al practicar el secuestro encuentra en los bienes, algunos de ellos son inembargables, de acuerdo con el Art. 684 u otra Ley especial, debe abstenerse de efectuar dicho secuestro; si ese bien inembargable fuera inmueble, deberá dictar de inmediato, en la misma diligencia, auto ordenado levantar el embargo que debió registrarse antes de iniciar la diligencia de secuestro, como lo ordena el Art. 515.

M.- Medidas de seguridad cuando no pueda practicarse inmediatamente el secuestro o deba suspenderse la diligencia.

Por último, el numeral 12 consagra una norma muy importante: en el caso indicado se asegurarán con cerraduras los almacenes o habitaciones y otros locales donde se encuentren los bienes o documentos se colocarán además sellos que garanticen su conservación y se solicitará la vigilancia de la policía. La violación de dichos sellos es un delito, de acuerdo con el Código Penal.

4.4 LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Levantar las medidas cautelares es dejarlas sin efectos, lo cual entraña que, en relación con los bienes afectos a ellas, el titular del derecho de dominio recobre la facultad de disposición, es decir, que dejen de ser objeto ilícito para cualquier acto jurídico.

En dos grupos puede dividirse el levantamiento de las medidas cautelares en el ejecutivo, según la persona o parte en cuyo favor se realice, a saber: el ejecutado o un tercero. Tomamos como referencia para el levantamiento la circunstancia que implica la propiedad de los bienes afectos con las medidas cautelares, y no la de inicitavia o proposición, que puede provenir de diferentes sujetos, inclusive del propio juez.

4.4.1 Levantamiento en favor del ejecutado. Por su parte, el levantamiento puede ser total o parcial, según recaiga sobre la totalidad o sólo alguno de los bienes afectos a las medidas cautelares, respectivamente, nos limitamos a la total, por cuanto la parcial, recibe el calificativo de Reducción de Embargo. Se presenta como consecuencia de las siguientes situaciones o casos:

4.4.1.1. Por depósito en dinero: se verifica mediante la consignación a órdenes del juzgado y por cuenta del respectivo proceso, dentro de la oportunidad señalada al efecto, de la cantidad que estime el juez, quien para hacerlo debe te-

ner en cuenta el valor de la obligación, sus intereses o accesorios y las costas.

Los requisitos para que proceda esta causal de levantamiento de las medidas cautelares, son:

A.- Que sea en dinero.

B.- Que los solicite el ejecutado: En caso de que los ejecutados sean varios y la obligación sea solidaria, puede solicitarlo cualquiera de ellos. Supuesto contrario, esto es, cuando los ejecutados son varios pero la obligación es indivisible, consideramos que cada uno está facultado para obtener el levantamiento de las medidas cautelares en relación con sus propios bienes.

C.- Que la cantidad fijada y que es materia del depósito cubra el valor de la obligación, sus intereses y costas: Dos acotaciones conviene hacer en relación con este requisito: la una, referente a la manera de proceder el juez para efectos de señalar el monto del depósito; la otra, consecuencia de la anterior, a quién por cuánto corresponde otorgarlo o efectuarlo.

Respecto de la primera acotación, el juez, de acuerdo con los términos de la norma, debe fijar el monto del depósito según su buen juicio, lo cual significa que extraprocesalmente ha de verificar el monto de la liquidación, tomando en cuenta no sólo los intereses adeudados y las costas impuestas, sino los que lleguen a causarse u ocasionarse en el futuro. Desde luego que si en el proceso ya

de pronunciarse, sobre el depósito.

Nada dice la Ley acerca de la oportunidad de que dispone el ejecutado para solicitar que el juez fije el depósito, pero debe entenderse que precluye con la licitación o el remate concretamente con la respectiva audiencia, siempre que en ella se verifique adjudicación, puesto que no es posible levantar las medidas cautelares de bienes que ya han sido adjudicados a terceros, pues se les desconocería su derecho. Quiere esto decir que, si en la licitación no hay adjudicación por cualquier circunstancia, o aún cuando la haya, si posteriormente el remate no se aprueba, sin tomar en cuenta la causa que determine esa decisión, el deudor recobra el derecho de obtener el levantamiento de las medidas cautelares mediante el depósito en dinero, el cual queda embargado sustituyendo a los bienes afectados con las medidas cautelares.

Contra la providencia que fija el monto del depósito y la que decreta el levantamiento de las medidas cautelares sólo procede el recurso de reposición. Pero si el levantamiento de la medida se niega, es procedente el de apelación, que se surte en el efecto devolutivo y a instancia del ejecutado, quien es el afectado, con la decisión.

4.4.1.2 Mediante caución bancaria o de compañía de seguros: Guarda semejanza con la anterior, en cuanto a que ambas tienden a obtener el levantamiento de las medidas cautelares y evita que puedan practicarse en el futuro, pero difiere

respecto a la naturaleza, de la garantía y la oportunidad en que se debe prestarla.

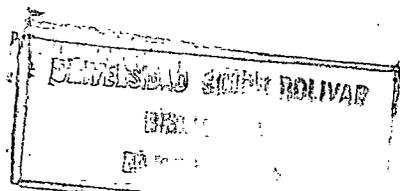
En efecto, en vez del dinero o depósito judicial, lo que se debe otorgar es una caución, que puede concebirse como la garantía que se hace para responder del monto total que resulte a cargo del deudor como consecuencia de la ejecución.

Es una garantía de carácter personal, una especie de fianza, pero que sólo puede expedirla una entidad bancaria o compañía de seguros que funciones legalmente en el país, que son las únicas a las cuales la ley les reconoce esa facultad, por la seriedad que tienen en sus operaciones, que se acrecienta con el control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Bancaria. El monto de la caución es el que al efecto señale el juez, y su valor debe ser depositado por la entidad garante dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que declare no probadas las excepciones propuestas de la sentencia que declare no que admite el desistimiento de ellas o de la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución.

Son varios los requisitos necesarios para que tenga lugar este tipo de levantamiento de las medidas cautelares, a saber:

A.-Debe solicitarse dentro de la oportunidad señalada por la ley.

Al respecto el Código preceptúa que la caución debe presentarse "dentro del



término para cumplir la obligación " (art. 519 , inc. 3) .

Dos acotaciones hay que hacerle a este precepto.

En primer lugar, que este medio de obtener el levantamiento de las medidas cautelares sólo viable cuando en el ejecutivo se pretende obtener el pago de una suma de dinero, sea que ésta constituya la obligación principal o la acesoria y sin consideración a su origen, esto es, que puede ser por haberse contraído en esa forma o por instaurarse por equivalencia, pues en las restantes modalidades, como es entregar un bien específico o elementos de género determinado o hacer o no hacer, a causa de la naturaleza de estas es imposible practicar medidas cautelares sobre bienes distintos de los que son objetos de crédito, y porque, además, al deudor no le es dado, por su propia iniciativa, cambiar la forma de efectuar el pago.

Entonces, como el término para cumplir las obligaciones en dinero es de cinco días, este es el mismo para solicitar la causión. En segundo lugar, como es posible, según parece insinuarlo la norma, que toda la actuación que implica el levantamiento de las medidas se lleve a cabo dentro del estrecho término de cinco días, debe entenderse, como lo propone DEVIS ECHANDIA . (24), que ese lapso está destinado exclusivamente para que el deudor presente la respectiva solicitud.

(24) DEVIS ECHANDIA, Hernando. ob. cit. , pág. 532

B. - Que la caución se preste en el término señalado por el juez .

Como la caución tiene una exigibilidad precisa y la ley no indica el término dentro del cual debe prestarse , por haberse limitado , como lo expusimos anteriormente , a indicar que sería en el destinado al cumplimiento de la obligación , es preciso que sea el juez quien lo señale, con base en la facultad otorgada por el art. 119 del C. de P.C. , y con la calidad de irremediable o improrrogable, es decir, que si no se presta dentro de él , se tiene por no cumplido el presupuesto y por tanto ineficaz el levantamiento de las medidas cautelares.

C. - Que la Caución la preste una entidad bancaria o de Seguros.

A esta clase de entidades la ley ha concebido la facultad de expedir la garantía, por la razón ya expuesta de que dan plena seguridad de pagar la cantidad que respaldan .

D. - Que la entidad que expide la Caución se obligue a cancelar su valor dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución o la que declara no probadas las excepciones o del auto que acepta el desistimiento de éstas .

La finalidad de la disposición que consagra la causal que comentamos es la de permitir que el ejecutado obtenga el levantamiento de las medidas

cautelares mientras se tramitan y ventilan las excepciones propuestas, las cuales, con interpretación adecuada del precepto, deben ser previas o enervar de manera total la obligación materia del recaudo ejecutivo.

Por esta razón, la norma condiciona la exigibilidad de la caución a las causas mencionadas de la ejecutoria de la sentencia que declara no probadas las excepciones, o la del auto que acepta el desistimiento de ellas. Aunque se incluye la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, realmente no se aplica, por cuanto ella solo se impone cuando no se proponen excepciones, conforme lo expusimos en su lugar.

Desde luego que la improsperidad de las excepciones entraña que la ejecución siga adelante, pero no es este el sentido que le da el precepto.

De otra parte, la caución se cancela, pierde su eficacia, cuando no se dan las causales que determinan su exigibilidad, o sea, cuando la sentencia declare probadas las excepciones previas, salvo de la incompetencia, o una paratoria y total, y también, aunque la norma lo indique, pero por cuestiones obvias, en caso de que el proceso termine por cualquier causa, como es el pago o el desistimiento del acreedor, entre otras.

Aclaremos que incluimos las previas, distintas de la incompetencia, por cuanto estas también le ponen término al ejecutivo, según lo expusimos en

su oportunidad y de acuerdo con el actual criterio del Tribunal Superior de Bogotá.

4.4.1.3 Por falta de la Notificación del Mandamiento Ejecutivo cuando las Medidas Cautelares tienen la calidad de Previas: El inciso 7 del art. 531 del C. de P.C. preceptúa que si dentro de los tres meses siguientes a la fecha del mandamiento ejecutivo éste no se ha notificado a todos los ejecutados o no se han hecho las publicaciones para su emplazamiento, se levantarán de oficio las medidas cautelares decretadas.

Esta causal es la única que ofrece como peculiaridad especial lo de que el juez de oficio quien, luego de haberse congruado los presupuestos que requiere la figura, puede decretar el levantamiento de las medidas cautelares. Esto, desde luego, no excluye que tienen los terceros e, inclusive, el propio ejecutado, para solicitario, y suplir la inactividad del funcionario jurisdiccional, por cuanto es precisamente en favor de ellos, como protección a sus derechos, por lo que el legislador consagró esa figura.

Para la procedencia del levantamiento con base en la causal que estudiamos, al igual que en las anteriores, se deben llenar o cumplir determinados requisitos, que pueden concretarse a los siguientes:

A.- Que las medidas cautelares tengan la calidad de previas. Esto implica

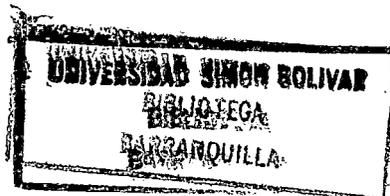
no sólo que se proferan con antelación a la ejecutoria del mandamiento ejecutivo, que es el distintivo que les da esa calidad, sino que, además es esencial que esa providencia no se haya notificado al deudor o a la totalidad de ellos, si son varios, por ser este un requisito o formalidad para que prospere la causal.

B.- Que transcurran tres meses de practicadas las medidas cautelares previas y el ejecutante no haya efectuado gestión alguna para obtener la notificación del mandamiento ejecutivo a los ejecutados o realizar el emplazamiento, si es el caso.

El Art. 513 del C. de P. C., en su inciso 7, preceptúa que para el levantamiento de las medidas cautelares es necesario que transcurran tres meses, pero contados a partir de la fecha del mandamiento ejecutivo, y no de la práctica de ellas, que es lo indicado, de acuerdo con la realidad y con el fin pretendido por el legislador.

En efecto, el citado inciso 7 del Art. 513 toma como referencia para contabilizar los tres meses la fecha del mandamiento ejecutivo, mientras que el inciso segundo del mismo artículo dispone que las medidas cautelares previas se deben practicar antes de la notificación de esa providencia a los ejecutados.

No existe, discrepancia o contradicción alguna entre los dos preceptos.



de los citados incisos del Art. 513 del C. de P.C. desde el punto de vista teórico y aún del práctico, en aquellos lugares donde el volumen de procesos permite darles pleno cumplimiento a los términos, pero sí se presenta en ciudades en donde el recargo de trabajo hacen imposible que las medidas cautelares, concretamente el secuestro, pueden verificarse dentro de los tres meses siguientes a la providencia que las decreta, que es la misma en que se profiere el mandamiento ejecutivo. En este caso, como no puede verificarse o notificarse primero el mandamiento ejecutivo a los ejecutados porque entonces las medidas dejarían de ser previas y cumplir el cometido para el cual se consagraron, que es evitar la insolvencia del deudor (además de que, si en los tres meses no se han practicado y tampoco notificado dicho proveído). Tendrían que levantarse, lo que sería un contrasentido, pues dejaría de tener efecto lo que aún no se ha realizado, y por ello es preciso contar el término a partir de la fecha en que ellas se lieven a cabo.

En cuanto a la notificación o emplazamiento, que es el requisito exigido por la norma, consideramos que la sanción es a la inactividad del ejecutante, quien cumple si efectúa lo que es de su cargo, v. gr., sufragar las expensas correspondientes, pero sin que tenga que soportar las consecuencias de la imposibilidad o actitud negligente del personal del despacho judicial encargado de cumplir las diligencias de notificación.

Conviene aclarar lo que se entiende por publicaciones, que también men -

ciona la ley. Creemos que no es indispensable que se hayan cumplido todas las seis que exige el precepto, o sean las 3 del periódico y las 3 de la emisora, sino que basta que se estén realizando, por lo cual se llenaría la inactividad con una sola. En este caso el juzgado cumple con la fijación del edicto, pues los restantes requisitos que consagra el Art. 318 del C. de P.C. deben ser observados por el ejecutante. Entonce, incuestionablemente habría inactividad del ejecutante, que le aparejaría la sanción del levantamiento de las medidas cautelares, si se fija el edicto pero no se hacen efectivos los restantes requisitos, siempre, desde luego, que hayan transcurrido los tres meses.

El criterio que exponemos al respecto ha tenido pleno respaldo jurisprudencial en el Tribunal Superior de Bogotá. Entre otras providencias, consideramos conveniente transcribir la proferida en auto del 31 de octubre de 1987 con ponencia del doctor EDUARDO GARCIA SARMIENTO, que dice: "El segundo inciso del Art. 513 del C. de P.C. dice que los embargos y secuestros se practicarán antes de notificar al deudor el mandamiento de pago. Establece que se consumarán antes de tal notificación para dar cumplimiento al fin que con ello se persigue, cual es asegurar el pago de la obligación. Si no señala el término para practicarlos, hay que armonizar el inciso precisamente con el séptimo, como quiera que éste señala tres meses para procurar la notificación personal del ejecutivo, o las diligencias, para su emplazamiento. Pero el término no puede contarse necesariamente desde la fecha de la orden

de pago, puesto que si así es, puede hacerse inocua la medida cautelar. Luego si el decreto de medidas de cautela y el auto ejecutori se proferieron a un mismo tiempo, el demandante tendrá que hacer practicar las medidas diligentemente, fecha que será el punto de partida para calificar su diligencia en hacer notificar al deudor o procurar su emplazamiento. De otra manera significaría que el acreedor podría no adelantar la consumación total de los embargos y secuestro, aunque haciendo practicar algunos y, entre tanto no se obligaría a procurar la notificación o el emplazamiento del deudor.

Para evitar perjuicios al demandado o a terceros es por lo que se le señala un plazo y es, como lo dice el demandante, una sanción a su negligencia. Es ya Doctrina del Tribunal que cuando la falta de notificación o emplazamiento no se deban a descuido del acreedor, sino a circunstancias totalmente ajenas a él, no hay lugar a levantar los embargos y secuestros. De ahí que el juicio se funde en lo que aparezca en el expediente con relación a la conducta diligente del demandante.

El inciso séptimo del citado Art. 513 (Continúa la providencia en cita) ordena levantar los embargos y secuestros, pero sin no se han consumado, no se entiende como podrían levantarse y no puede obligarse al acreedor a que haga notificar antes de consumarlos. De donde se sigue que la interpretación de la unidad del Art. conduce a que el plazo de tres meses tiene que contarse a partir de cuando el acreedor está obligado a hacer notificar al deudor o a

o a procurar su emplazamiento, obligación que no tiene antes de consumir la medida cautelar, y mientras no haya embargos o secuestros consumados no puede decirse que causen perjuicios. De modo que si el fin es sancionar al demandante negligente que cause perjuicio, no puede sancionársele mientras no haya negligencia ni posibles perjuicios" (25).

Hecho el levantamiento de las medidas cautelares con base en la causal que consideramos, en la misma providencia se debe condenar al ejecutante, al pago de las costas y perjuicios causados al ejecutado, los cuales se liquidan mediante los tramites previstos por el Art. 308, que se surte en el mismo proceso y ante el mismo funcionario, pero el valor de los reclamados no influye en la competencia de funcionario pues esta, se determina por los factores existentes en el momento de instaurar la demanda, sin que lo afecte las modificaciones posteriores que se registran, salvo aquellos casos expresamente consagrados en la norma, entre los cuales no se encuentra el que nos ocupa.

El auto que decreta el levantamiento de las medidas cautelares es interlocutorio y susceptible de apelación en el efecto diferido. En cambio si se niega el levantamiento, como la norma no dice nada al respecto, contra esa decisión, sólo cabe el recurso de reposición.

(25) EDUARDO GARCIA SARMIENTO, Auto del 31 de octubre de 1978, publicado en el Código de Procedimiento Civil, HECTOR ANGEL CASTRO 1985. p. 529 y 530.

Decretado el levantamiento de las medidas cautelares, ello no impide que la parte interesada esto es, la ejecutante, pueda volver a solicitarlas, sin estar sujeto a plazo alguno, por cuanto la norma no lo establece, como si lo hace en el caso del abandono.

4.4.1.4 Por Abandono. Este fenómeno sólo ocurre en los procesos ejecutivos pero que parte de los mismos presupuestos de la perención, aunque difiere en cuanto sus efectos, pues se concretan a levantar las medidas cautelares (C.de P.C. Art. 346 inciso 5).

En consecuencia, el abandono está supeditado a que el proceso es decir, una vez trabada la relación jurídica procesal por haberse vinculado al ejecutado, mediante la notificación del mandamiento de pago, permanezca inactivo en la secretaría por el término de seis meses , siempre que no esté pendiente alguna gestión propia de esta; que lo solicite el ejecutado, único legitimado para reclamarlo; y que lo decrete el juez, por no obrar per legis sino per iudicis.

El auto que se pronuncia sobre el abandono tiene la calidad de interlocutorio, y es susceptible de apelación, cualquiera que sea la decisión tomada, que se surte en el efecto diferido, si decreta el levantamiento de las medidas cautelares, y en caso contrario, en el devolutivo (C.de P.C. Art.346 .Inc. 6).

En este caso no cabe imponer condena en costas y perjuicios al ejecutante, porque, respecto de las primeras la ley no las consagra, y en cuanto a los segundos, tampoco la norma las incluyó en el Art. 687 num. 6, que menciona las causas que determinen tal imposición.

La sanción al ejecutante consiste en que no puede volver a practicar medidas cautelares sobre los mismos bienes, sino hasta después de transcurrido un año.

4.4.1.5 Si lo pide quien solicitó la medida (C.de P.C. Art.687 num.1). Esta causal es consecuencia del principio dispositivo que rige en materia civil y que en el caso específico de las medidas cautelares equivale al desistimiento de ellas.

Para que obre esta causal sólo basta el lleno de dos formalidades: Cuáles son, de una parte que se formule, al juez del conocimiento la correspondiente solicitud y de otra parte, que quien la suscriba sea el ejecutante, único legitimado para ejercer ese derecho.

Respecto al segundo requisito, y aunque en principio podría pensarse que la legitimación para pedir el levantamiento, sin otra formalidad, la tienen ambas partes, particularmente cuando se trata de medidas cautelares definitivas, esto es, las decretadas una vez trabadas la relación jurídico-procesal, por ser viables ordenarlas a instancia de cualquiera de ellas,

eso calidad sólo es propia del ejecutante por la índole especial del proceso ejecutivo; este lo resalta la norma al establecer , que el ejecutante puede oponerse o que se practiquen en relación con los bienes que indique el deudor, según lo observamos en su lugar, y de donde precisamente se desprende o surge la limitación que comentamos, en este caso se le debe imponer al ejecutante la condena en costas y perjuicios por preveerlos así la ley (C.de P.C. Art. 687 Inc.4 num.6).

El auto que se pronuncia sobre el levantamiento es de carácter interlocutorio por la naturaleza de la decisión pero sólo susceptible de reposición, porque la norma guarda silencio respecto de la apelación y no está comprendido dentro de los mencionados en la lista general del Art. 351 del C.de P.C.

4.4.1.6 Por terminación del proceso. En los anteriores casos o causales sólo finalizan las medidas cautelares, sin que se efectúe el proceso, que continúa su curso, pero al culminar este también se levantan aquellas, por su condición de accesorias.

La terminación del ejecutivo se produce por varias causas, las cuales son el pago, que es el medio normal; el desistimiento del ejecutante, la transacción si está en trámite, excepciones perentorias definitivas, que convierten la obligación en discutible ; y con la ejecutoria de la sentencia que declara aprobada una excepción que infirma en su totalidad el crédito materia del

recaudo.

La terminación está contemplada en el art. 687, num. 4, y estatuye, por disposición del inciso final del mismo precepto, que se imponga al ejecutante la condena en costas y perjuicios. Sin embargo, tal condena sólo se impone en el caso del desistimiento y de la sentencia que declare probada las excepciones perentorias, para las cuales, además, hay norma expresa, por cuanto en las restantes, particularmente el pago y la transacción, no son eficaces, ya que el primero en su medio normal de finalización del proceso, y en el segundo apenas tienen ocurrencia cuando las partes interezadas así lo acuerdan.

Es bueno aclarar que la imposición en costas que consideramos, es a cargo de la parte que pide las medidas cautelares y como consecuencia de levantarlas. Cosa diferente son las costas del proceso, que debe satisfacer el ejecutado, así la causal con que finalice el proceso sea el pago, porque los gastos de éste son a cargo del deudor.

4.4.1.7 Por Remate : Cuando se rematan los bienes objetos de las medidas cautelares, estas deben levantarse para que el rematante pueda realizar el registro del acta correspondiente en la oficina respectiva y que se le anote como propietario. Además, también es necesario para obtener la posesión del bien rematado, que debe cumplir el secuestro, o en su defecto, el juez.

4.4.2 Levantamiento de las medidas cautelares en favor de Terceros : La ley prevé el levantamiento de las medidas cautelares en favor del ejecutado que es el principio general, la excepción es el beneficio de terceros, es decir, personas ajenas al proceso. Esta excepción obedece a la necesidad de proteger a quienes sin ser parte en el ejecutivo, éste los perjudica, cuando bienes en su propiedad o de los cuales son simples poseedores se ven afectados con medidas cautelares, cualquiera que sea la modalidad, esto es, embargo o secuestro. Decimos que poseedores, por cuanto esa calidad es la que les permite configurar la prescripción adquisitiva de dominio, que es lo que la ley protege.

Realmente no es un levantamiento de medidas cautelares, en el sentido de que comprende sus dos modalidades, o sea, el embargo y el secuestro, sino que sólo afecta o recae sobre una de éstas ; lo que ocurre es que en tratándose de bienes muebles al levantarse el secuestro deja sin efecto el embargo, pues éste se practica mediante aquél ,

4.5 LEVANTAMIENTO DEL SECUESTRE

Esta modalidad como dijimos, tiene como objeto proteger la posesión del tercero, por ser elemento esencial para configurar la prescripción adquisitiva de dominio. Esa calidad es pues, elemento esencial para que prospere el levantamiento. Pero , además son necesarios otros presupuestos. Todos los requisitos se concretan a estos :

A. - Que el ejecutivo se haya producido el secuestro de un bien, sea que la medida tenga la calidad de previa o definitiva, o que recaiga en muebles o inmuebles.

B. - Que el tercero interesado proponga la correspondiente solicitud dentro del término señalado por la ley, que es en el curso de la diligencia de secuestro o con posterioridad a ella, pero antes que se decreta el remate.

Varias observaciones cabe hacerle a este requisito. En primer lugar, que la ley inicialmente establecía que sólo estaba legitimado para pedir el levantamiento del secuestro el tercero que no hubiera estado presente en la diligencia, en razón de que, si lo estaba, debía enterarse de la medida y por tanto alegar su derecho, el cual en ese momento, más que finalización de ella, lo que procuraba era evitarla, pero esa exigencia fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

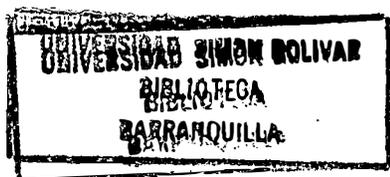
En efecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de julio de 1982 declaró inexecutable el inciso primero del numeral 6 del art. 687 del C. de P.C. en cuanto exigía que el tercero no estuviera presente en la diligencia con base en que "resulta contrario a aquellos principios referidos que contiene el art. 26 de la Carta, que se impide a un tercero promover incidente de desembargo sobre bienes cuya posesión material acrediten, por el mero hecho de estar presente, en la diligencia de secuestro, y que únicamente se le confiera al tercero, que no hubiera estado presente, siendo que

aquél , aunque hubiese estado presente, no hubiera podido ejercer válidamente su derecho por diversas razones insuperables : Por no haber tenido la oportunidad para llegar o controvertir pruebas o para suministrar en forma idónea y suficiente sus explicaciones y argumentos ; o porque , aun siendo consciente de su derecho , no tenía la posibilidad de reclamarlo adecuadamente " .

En segundo lugar, como ya explicamos, el levantamiento sólo se presenta cuando ya se ha practicado la medida , pues si ésta no se ha cumplido , lo que se impone es la oposición. Esto implica, entonces, que el levantamiento puede proponerse en la misma diligencia en que se realiza el secuestro, siempre que éste se haya verificado y la respectiva diligencia no haya concluído.

La oportunidad para proponer el levantamiento del secuestro precluye cuando se decreta el remate. Por tanto, conviene precisar que se entiende por decretar el remate. Creemos, con DEVIS ECHANDIA , que la sola providencia que lo ordene no es suficiente, sino que se requiere que éste en firme o ejecutoriada, por ser esa la circunstancia que determina su imperatividad o cumplimiento. Es factible, en consecuencia, que pueda presentarse la petición de levantamiento de secuestro cuando está en trámite cualquier recurso interpuesto contra el auto que decreta el remate. (26) .

(26) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. cit. , pág. 746.



C.- Que el tercero presente caución en la cuantía y dentro de la oportunidad señalada por el juez para responder con ella de los perjuicios que pueda ocasionar a las partes sino prospera el levantamiento del secuestro.

La ley no indica término alguno para presentar la caución, pero como la petición del tercero no puede quedar pendiente indefinidamente, e inclusive, paralizar el proceso, por no poder ordenar el remate, sino hasta que se decida el levantamiento del secuestro, le corresponde al juez fijarlo, con base en la facultad que le otorga el art. 119 del C.de P.C.

Por lo anterior es por lo que condicionamos el requisito de la caución a que se presente en la cuantía y dentro de la oportunidad señalada por el juez; esto implica que, si no se observan esas dos exigencias, es improcedente darle el curso a la solucitud del tercero, la cual, por tanto debe ser rechazada de plano.

D. - Que el tercero demuestre dentro de la actuación que al efecto debe surtir que es el poseedor material del bien y que esa calidad la tenía con anterioridad a la diligencia.

La posesión material (al igual que en la oposición al secuestro) se demuestra mediante hechos de los cuales se infieren los dos elementos que la integran, o sea, el CORPUS y el ANIMUS. Por esto la Corte Suprema sostiene que

sino simplemente accesorias o coadyuvantes, por el interés que pueden tener en que ella, se mantenga o se termine según el caso,

El auto que decide el incidente, cualquiera que sea el pronunciamiento es susceptible de apelación en el efecto diferido y debe condenar en costas y perjuicios, a la parte principal vencida, es decir, a quien hizo practicar la medida o al tercero que solicita el levantamiento. En este caso, responde en primer lugar la caución prestado por el tercero.

4.6 LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO

El desembargo, como también se denomina a la figura obra de dos maneras: directa e indirecta.

4.6.1 La directa. Llamada así por ser consecuencia de una actuación surtida con la específica finalidad de obtener el levantamiento del embargo, que contempla el art. 681 num.1 inc.2 .

El citado precepto establece, que cuando el embargo recae sobre inmuebles, para realizarlo se oficia a la oficina de registro de instrumentos públicos de la localidad, a la cual corresponda, a fin de que se inscriba en la respectiva matrícula inmobiliaria. La disposición exige que se expida un certificado sobre la situación jurídica del bien y que, junto con el oficio de embargo

se envíen directamente por el registrador al juez que conoce el proceso.

Si de tal certificado aparece que el dominio del bien lo tiene persona distinta de aquella contra quien se decreta la medida, el juez, de oficio o a instancia, del propietario o de cualquiera de las partes, ordena la cancelación del embargo a cuyo efecto libra el correspondiente oficio.

Creemos que esta misma conducta debe aplicarse en el caso de las naves y aeronaves, por cuanto tienen una regulación legal semejante al de los inmuebles pues debe abrirseles matrícula y registrar todos los actos dispositivos o limitativos del dominio, incluido el embargo. Para las naves la matrícula se hace en la capellanía del puerto, y para las aeronaves en el registro aeronáutico, conforme lo establece, los artículos 1441, 1449, 1793, y 1908 del C. de Co., que regula materia.

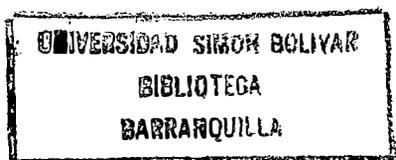
En cambio, la situación es diferente respecto de los automotores, los cuales tienen una reglamentación particular o SUI GENERIS, en efecto, el decreto 1344 de 1970 (que regula la materia), en su artículo 87, establece que "La licencia de tránsito, es la autorización para que el vehículo pueda transitar en todo el territorio nacional, expedida por la autoridad competente, previa inscripción del mismo en la oficina de registros de instrumentos públicos", requisito éste que fué suprimido. Agrega luego, que "La licencia de tránsito es un documento público, en ella se identificará el vehículo y se

expresará su destinación el nombre del propietario inscrito, y el número de la placa, ".

El decreto 1147 de 1971, art.17 dispuso , por su parte, que "Todo acto o contrato que implique tradición , disposición, aclaración, limitación o gravámenes o extinción del dominio, u otro derecho real, principal o accesorio, sobre vehículos automotores, se informará , principal o accesorio sobre vehículos automotores, se informará por parte del titular del derecho a la inscripción o dirección de tránsito, donde esté radicado el vehículo, para que estas oficinas remitan la información al Instituto Nacional de Transportes y se efectúe la inscripción pertinente en la licencia de tránsito".

Continúa luego diciendo que "El derecho que deba inscribirse se aprobará en el respectivo acto, contrato, o providencia judicial que le dé origen ".

Con anterioridad a esta última disposición se expidió el C.de Co., el cual en su Art. 922, preceptuó que "La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos de la entrega de la cosa". Agrega a continuación en su párrafo único que, "De la misma manera se realizará la tradición del dominio del vehículo automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y basto-



rá ante cualquier autoridad".

Acorde con el criterio adoptado por el C. de Cq., la Corte Suprema de Justicia en reiteradas providencias a sostenido la tesis, de que la tradición en materia de vehículos automotores, se perfecciona no sólo por la entrega sino que es necesaria la inscripción en la oficina de tránsito correspondiente o fin de que se tome nota y se expida la licencia de circulación a nombre del nuevo titular.

De lo anterior podemos concluir, que los automotores tiene una situación semejante a los inmuebles por estar la tradición sujeta a la formalidad, de la inscripción en la respectiva oficina de tránsito, por lo cual, es la certificación o licencia respectiva la que establece la propiedad.

4.6.2 La indirecta. Ocurre cuando el bien o el derecho materia de la medida cautelar está sujeto a registro y es de propiedad del ejecutado lo cual se establece con el respectivo certificado expedido por el registrador, pero prospera la oposición al secuestro o este se levanta por radicar la posesión en un tercero, cuando el ejecutante no manifiesta dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la providencia que se pronuncie en ese sentido que insiste en perseguir los derechos que el ejecutado tenga, sobre el bien (C.de P.C. Art. 686. Num.3 Conc: Art.687 num.6 inc.3).

de lo dicho se coligen los requisitos para que obre esta modalidad de levantamiento del embargo, que es consecuencia del levantamiento del secuestro. Se concretan a lo siguiente:

a.- Que se trate de un derecho sujeto a registro, como sucede con el dominio de los inmuebles. Se excluyen por tanto los muebles, pues en relación con estos, al levantarse el secuestro que es el medio de perfeccionar el embargo, implícitamente queda también sin efecto este criterio que expresamente menciona la ley (C.de P.C. Art.686 num . 3).

b.- Que en relación con el derecho citado se haya practicado el embargo y allegado al proceso certificado expedido por el registrador o el funcionario a quien corresponde expedir la tradición en el cual conste el dominio en cabeza del ejecutado.

c.- Que se haya decretado el secuestro y no sea posible llevarlo a cabo por la oposición formulada en la diligencia, o que aún cuando se realice se levante a instancia de un tercero.

d.- Que el ejecutante dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria, de la providencia que acepte la oposición al secuestro o decrete el levantamiento no manifieste al juez que persigue los derechos, que el ejecutado tenga sobre el bien.

con esta formalidad la ley protege la posesión material de un tercero, por ser ella elemento esencial para configurar la usucapión. En consecuencia, si el ejecutante insiste, se práctica el avalúo del derecho que el ejecutado tiene sobre el bien, esto es, la simple condición de poseedor inscrito, y luego se remata. El rematante como es obvio, sólo adquiere ese derecho, correspondiéndole, por tanto, instaurar contra el tercero poseedor el respectivo proceso posesorio o reivindicatorio, según el caso para obtener la posesión del bien. La providencia que se profiera en este caso para levantar el embargo es inapelable, pero no consagra la ley este recurso.

4.7 DESEMBARGO EN OTROS PROCESOS DISTINTOS DEL EJECUTIVO.

Son causas generales del levantamiento del embargo cualquiera que sea el proceso, estas :

- Si lo pide quien solicitó la medida (C.de P.C. Art.687-1)
- Si se desiste de la demanda que originó el proceso (C.de P.C.Art.687-2)
- Cuando el embargo recae sobre bienes muebles por habérselo formulado la oposición en el acto del secuestro y quien solicitó la cautela no demostró la carencia de derecho del opositor a conservar los bienes en su poder (C. de P.C.Art.686-2).
- En los procesos de nulidad de matrimonio civil , de divorcio y de separación de cuerpos y de bienes además por estas causas:

- a.- Si se absuelve al demandado (C.de P.C. Art.687-5).
- b.-Por decretarse la perención (C.de P.C.Art.346. inc.2).
- c.-Por practicarse el embargo en el proceso ejecutivo antes de quedar firme; la sentencia favorable al demandante (C.de P.C.Art.691-2) .
- d.-Por transcurrir tres meses desde la ejecutoria de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal , sin promoverse la liquidación ni hacer las publicaciones emplazatorias a los interesados indeterminados en cuyo caso se levantará a un de oficio (C. de P.C. Art.691-3 inc. 2).
- e.- Por solicitud del conyuge respecto de los bienes que siendo propios hayan sido embargados por petición del otro incidente (C. de P.C. Art.691-4)

En el proceso de liquidación de la sociedad conyugal, por las causas 1, 2 y 3 antes mencionadas, por las de los literales c) y e) del número 4 inmediatamente anterior y por abandono del demandante durante seis meses por lo menos C.de P.C.Art.346 inc.5.

En el ejecutivo tramitado como de mínima cuantía por alimentos provisionales o definitivos en el proceso de alimentos y de nulidad de matrimonio civil por las causas que lo determinen en el proceso principal, y además , por la excepción de pago, como única que puede alegar el demandado.

4.8 EL REGISTRO DE LA DEMANDA

Esto medido cautelar propio de los juicios ordinarios donde está de por medio

de la discusión de derechos reales sobre bienes sometidos a registro, muebles, o inmuebles y de algunos especiales, tales como deslinde y amojonamiento servidumbre, expropiaciones y división de bienes comunes, tiene como característico esencial la de no poner los bienes fuera del comercio pero asegurar que toda transferencia de la propiedad del dominio, efectuada después de registrada lo demandado queda sin efecto en el evento de que prospere la pretensión contenida en ella, por cuanto se presume de derecho que por la circunstancia de su inscripción y versar lo medida sobre bienes sometidos a registro, quien va a realizar alguno de estos actos, respecto de tales bienes, debe conocer su situación jurídica actual y se decidió el negocio jurídico, no obstante el pleito que sobre el bien se cernía no puede sustituirse a los efectos de la sentencia alegando no ser parte dentro del proceso, pues, la eficacia de la medida consiste precisamente en que se ordenará o un de oficio por el juez la cancelación de todos los registros efectuados luego de la inscripción, en otras palabras amplia los efectos del fallo a quienes no fueran parte y debieron ser citados a él.

Interesante es la posibilidad de análisis de la cualidad, embargo registro de lo demanda, cuando en procesos diversos se ha decretado, las medidas respecto del mismo bien sometido a registro. Creemos que en todos los casos es posible llevar a efecto la inscripción de la demanda o el embargo, sin que importe que medida se halla registrado primero.

En verdad, si se embargó un bien inmueble y con posterioridad se decretó la inscripción de la demanda esta perfectamente, puede llevarse a cabo por cuanto y recordamos que dentro del proceso, donde se originó la última medida se está discutiendo, un derecho real, el cual de ser declarado en favor del demandante, lo puede oponer a cualquier persona, y dentro del juicio donde se decretó el embargo, usualmente un ejecutivo, el bien no ha salido a remate, deben los posibles adquirentes del mismo, estar enterados de las circunstancias que afectan el bien y de los riesgos que corren si rematan, pues necesario es, erradicar el mito jurídico de que el remate tiene efectos purificadores de la situación legal del objeto que permanece igual, salvo la cancelación de gravámenes hipotecarios, por cuanto al rematarse un bien no se van a vender ni mayores ni distintos derechos de los que el demandado tenía, de ahí que el embargo vigente no sea causal que impida el registro de la demanda.

5. EL REGIMEN DE LAS CONTRACAUTELAS.

En materias de medidas preventivas reales , uno de los aspectos críticos de este, el régimen de las contracautelas, pero no puede desconocerse que las prácticas de las medidas preventivas está en posibilidad de ocasionar serios perjuicios al patrimonio de quien la sufre de ahí que siempre que se decreta una medida cautelar ha debido exigir a quien la solicite la constitución de la correspondiente garantía que asegure , a su vez, el pago de los perjuicios que con una medida apresurada o falta de razón puede ocasionarle al demandado o al tercero.

En Colombia, tenemos regulados el régimen de las cautelas si dentro del Libro Cuarto, el destinado a las medidas cautelares, se inicie el desarrollo de las normas con el Art. 678 que regula las cauciones, sus clases, cuantías, oportunidad para constituir las, etc.

Tristemente el régimen de las contracautelas es deficiente en grado sumo. Ciertamente, de que nos sirve saber que existen cauciones bancarias de empresas de seguros, hipotecarias, prendarias, en dinero si se ha sido particularmente

avaro, para exigir la prestación de las mismas en los casos en los cuales deben operar y muy especialmente cuando se decretan medidas cautelares .

En verdad para llevar a cabo el registro de la demanda, medida que de hecho implica la inmovilización comercial de los bienes sometidos a la misma no existe obligación de prestar ninguna contracautela. Para el secuestro de bienes muebles, cuando se ha dictado fallo favorable y a primera instancia dentro de un juicio ordinario, tampoco, y mucho es el camino que aún resta para recorrer las vicisitudes que pueden darse del fallo del juez a quo .

Para los embargos dentro del juicio ejecutivo, luego de notificado el mandamiento de pago tampoco se exige contracautela, los practicados antes mantienen una garantía cuya cancelación se ordena una vez ejecutoriado el mandamiento de pago, es decir, precaria en el tiempo. Los embargos en proceso de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuernos, de bienes, tampoco requieren para su práctica de la prestación de contracautela y ésta una fuente de abusos en el derecho de solicitar medidas cautelares, que de otra forma no se hubieran pedido. Pero la ineficacia del correspondiente régimen de contracautela que debe corresponder al de medidas cautelares, permite esos excesos.

Ahora, aunque se alegue, que de todos modos , el que abuse de las medidas cautelares, del que no tiene la razón responde por los perjuicios. Esta teoría, es cierto, pero no lo es menos, cuando que se van a tratar de hacer

efectivos, los mismo debe acudirse o procesos donde no se permiten medidas cautelares como no existen garantías específicas para su realización todo queda en el campo de las ilusiones, la letra muerta de tan perniciosos efectos porque es desmoralizante .

Debe , pues estructurarse severamente, el régimen de las contracautela, y exigirse que siempre, que se pida una medida preventiva, llamese embargo, secuestro, registro de la demanda, guarda y oposición de sellos, la que sea, el juez fije previamente la correspondiente caución que de acuerdo con la índole de cada paso sea suficiente para garantizar los perjuicios que con ella se puedan causar , con lo que dicho sea de paso se desarrolle adecuadamente el principio de la igualdad procesal que también inspira el régimen de medias cautelares.

Si bien es cierto que se aumenta el costo del proceso, evidentemente este es inconveniente pero mucho peor lo es el régimen de impunidad que en materia de pago de estos perjuicios hoy nos rige y mucho más aún la pérdida de fé en la justicia.

En conclusión , la lenta y dispendiosa tramitación de los procesos civiles lleva que ante la ausencia de medidas cautelares adecuadas en la inmensa mayoría de los procesos de cognición, sólo en casos mínimos y luego de ardua labor se pueda obtener el cumplimiento de la sentencia por cuanto

el demandado goza de las más amplias oportunidades para, con todas las apariencias de legalidad, colocar su situación de insolvencia y frustrar los fines perseguidos y obtenidos, con el consiguiente deterioro de la imagen democrática del Estado, de su administración de justicia.

Debe en consecuencia, establecer un régimen de medidas cautelares más amplio que el existente permitiendo especialmente el embargo desde cuando se inicia la actuación o se constituye un eficaz remedio para los perniciosos efectos de la moracidad judicial, de ahí que sea esta una medida que requiere un replanteamiento valeroso y acorde con los tiempos que vivimos donde el no pagar no tiene ya sanción social, medio coactivo, extra-proceso de importancia; en pretéritas épocas, pero hoy deficiente pues lo admirable es precisamente la habilidad para la prestidigitación financiera de la insolvencia a través de traspasos de bienes, creación de sociedades, pasivos ficticios que hacen que el resultado de los juicios civiles de conocimiento, especialmente los que versan sobre responsabilidad contractual y extracontractual, culmine con hermosos fallos para enmarcar según el decir popular.

En su obra reciente HERCE ORBANEJA, dicen que :

"Personalmente opinamos que el embargo personal o arresto del deudor (detención, restricción de la libertad personal) que regulaban las leyes medievales con relación al deudor sospechosos de huida, debe ser establecido porque como han opinado algunos de nuestros antiguos autores: no consideramos el apremio personal como pena, sino como una coacción empleada para que pague la persona que se presente como insolvente (Gómez de la Serna). Naturalmente se-

ria aberrante pretender volver al régimen de la manus iniectio por eso, para evitar opiniones tan retrogradas como la expuesta se requiere la reforma del régimen cautelar y contracautelar por la que propugnamos". (27)

Se debe fijar correlativamente un adecuado régimen de contracautelas, necesidad imperiosa en orden de restaurar el equilibrio procesal que se rompería de permitirse la medida cautelar sin la correspondiente contraprestación procesal.

5.1 LAS CAUCIONES

Etimológicamente caución significa "prevención, precaución o cautela". Seguridad de que se cumplirá lo pactado prometido o mandato. (28). Concepto que no parece no es suficiente para ilustrar el contenido completo de lo que abarca la caución desde el punto de vista procesal por cuanto está más del fin expresado, va más allá y permite que se indemnicen los perjuicios que el incumplimiento acarrea.

Las cauciones o contracautelas, al igual que las medidas preventivas, presentan diversas clases y es así como en el Art. 678 del C. de P.C. se establece que las mismas pueden prestarse en dinero, hipoteca o prenda... (reales)

²⁷ ORBANEJA Herce. Op.Cit.P.233'

²⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ed. 1984. p. 293. 294. .

garantía bancaria o de entidad de crédito legalmente autorizado para hacerlo y póliza de seguros, que constituyen todas y las únicas admitidas para la ley.

La caución en dinero efectivo, incuestionablemente la mejor debido a que presenta una directa y fácil efectividad es la más más onerosa de todas por cuanto implica la erogación en efectivo con inmovilización del dinero usualmente por lapsos prolongados, que a su vez determina que solo la entidad autorizada para recibir esos depósitos, el Banco Popular, en últimas venga a ser el beneficiado, por cuanto no reconoce ningún rendimiento sobre beneficiado, por cuanto no reconoce ningún rendimiento sobre las mismas, ni siquiera la obvia corrección monetaria lo cual, de paso lleva a que fácilmente se hagan insuficiente.

Las cauciones reales , prenda e hipoteca igualmente están permitidas. Empero, no se utilizan debido al costo y dificultad para su constitución de ahí que su previsión legal no ha encontrado ningún desarrollo práctica de ellas.

Las bancarias o de empresas de crédito autorizadas para hacerlo, o más de la política altamente restrictiva que tienen tales entidades para su otorgo - mientos encontrar además como factor determinante de su escasa utilización su altísimo valor, pues la comisión que a ellas corresponde se cobra por tiempo y como tanto se demoran los procesos los costos pueden resultar

insostenibles.

Es por eso que la caución en póliza judicial; la otorgada por empresas aseguradoras se ha mostrado como la más económica, ágil, en su expedición segura, de ahí que sea la más socorrida de todas y es por eso que, salvo aquellos taxativos casos donde no existe alternativa diversa a la de otorgar caución y se admite cualquiera de las otras en su inmensa mayoría por no decir que en todos se acude a la póliza judicial, como se denomina en el léxico judicial esta forma de caución.

Mucho es lo que se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la caución otorgada por empresas de seguro: qué es seguro dicen algunos? otros que solo una modalidad de fianza. Los demás allá que tienen una característica mixta entre las dos figuras, pero es ese un aspecto ajeno por entero al desarrollo de este trabajo y es por eso que optamos por aceptar que se trata de un especial modalidad del seguro de fianza dentro del cual, una vez otorgada la garantía por la aseguradora la vincula indeliblemente, mientras se presenta la posibilidad que se dé el riesgo amparado, y sin que esté dentro de sus facultades emplear el derecho de terminación unilateral del contrato, propio de la mayoría de los seguros de daños, ni utilizar el beneficio de excusión dada la índole mercantil de su actividad y la presunción de solidaridad que acompaña a todos estos actos.

5.2 LA NO CORRESPONDENCIA ENTRE LA CAUTELA Y LA CAUCION

Analizado el concepto de caución en las clases de caución, tan sólo nos resta mencionar que el régimen colombiano en materia de cauciones infortunadamente está indebidamente regulado por cuanto, como atrás se mencionó no existe una norma que exija que siempre que se decrete una medida cautelar el juez señalará previamente la caución que en su opinión sea suficiente para garantizar los eventuales perjuicios de la medida cautelar ocasiones y para lo cual hubiera bastado tan sólo una norma que así lo dijera.

Se limitó el legislador tan sólo a señalar los casos en los cuales se requería de caución y es así como muchas medidas cautelares se quedaron sin la necesaria correspondiente garantía y los perjuicios que con las medidas cautelar se origine tan sólo se podrá cobrar directamente al causante de ellos, corriéndose todos los obvios riesgos, que la insolvencia de tal persona y la falta de una adecuada garantía conllevan, porque infortunadamente no existe una clara base legal que faculte al juez para señalarla de oficio cuando la ley no lo hace.

Ciertamente, medidas cautelares con el registro de la demanda no requieren para su decreto de previa caución tal vez, porque se pensó erróneamente que como los bienes no quedan fuera del comercio no se ocasionaban perjui-

juicios, cuando lo cierto es, que los pueden y gravísimas.

Los embargos y secuestros dentro del proceso de ejecución si se pidan y decretan después del mandamiento de pago inexplicablemente no requieren de la caución, como si al igual que los decretos antes de cada oportunidad de donde si es precedente la garantía, no estuviera en posibilidad de generar esos daños, son apenas dos ejemplos del absurdo régimen que en materia de cauciones está rigiendo y que clama por una drástica y completa reforma para ampliar el alcance de las medidas cautelares y obligar en todos los eventos la previa caución.

Ciertamente mucha es la falta que hace al País una norma como el art. 579 del C. Judicial de Panamá en donde se consagra que :

"Para evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada transponga, enegene, oculte, empeore, grave o disipe los bienes muebles o inmuebles que posea, el demandado podrá pedir antes de presentada la demanda o después de presentada, en cualquier Estado del Proceso, ya SEA ORDINARIO O ESPECIAL, el depósito de ellos en manos de un depositario que nombrará el Tribunal.

La petición de secuestro deberá presentarse dando el demandante caución que fijará el juez discrecionalmente, de acuerdo al valor y a la naturaleza del bien o los bienes que se van a secuestrar y los posibles perjuicios que se puedan ocasionar de suerte que la caución no sea irrisoria. La caución responderá de los daños y de los perjuicios que se puedan causar".

5.3 DETERMINACION DE LA CLASE DE CAUCION QUE CORRESPONDE

Estimamos que es este uno de los aspectos relievantes por cuanto, debe quedar claramente establecido que salvo, que una norma expresa exija una clase específica de caución tal como sucede con el artículo 519 en donde se requiere de acuerdo con la oportunidad con que se presente la petición que esta se preste en dinero o caución bancaria o de compañía de seguros, EN TODOS LOS RESTANTES EVENTOS EL JUEZ NO PUEDE IMPONER UNA CLASE DE CAUCION, ya que sus facultades tan sólo van hasta indicar "Su cuantía y el plazo en que debe constituirse" (Art.678, inc.2) pero que dá al arbitrio del otorgante, de la misma acudir a la clase de caución, que estime preferente por cuanto, cuando no existe una expresa determinación legal el otorgante tiene por ley la facultad de escoger entre algunas de las clases de caución que legalmente tiene prevista el Art. 687 del C.de P.C. y que ya mencionamos.

La labor del juez, que, insistimos mal puede exigirse cuando existe la libertad de prestación de caución, una CLASE DETERMINADA DE ELLA, tan sólo bva a analizar al calificarla que se encuentren debidamente constituidas y que sean suficientes pero, por ejemplo, mal podría un juez rechazar una caución prendaria, pretestando que en su opinión es mejor la de póliza judicial o la bancaria, o inadmitir la póliza judicial por parecersele mejor una garantía hipotecaria.

Sentado este importante presupuesto queda aún más de bulto, la marcada importancia de la caución en póliza judicial ya que incuestionablemente a ello se acude en uso de ese derecho que explicamos y debido a las inocultables ventajas, atrás mencionadas que presenta la misma.

Como esta caución tan sólo la pueden expedir empresas aseguradoras, resulta bien claro que tampoco podrá hacerse discriminación alguna, entre ellas para exigirle de una determinada entidad, por cuanto así en la práctica existen empresas aseguradoras más serias y solventes que otras; basta la autorización de la superintendencia para operar el ramo respectivo para impedir cualquier objeción de una de las partes o del mismo juez, a la póliza judicial basada tan sólo en la índole de la aseguradora que lo expidió.

Establecido los anteriores presupuestos de carácter general, es del caso proceder al análisis de los eventos en los que se puede prestar caución en póliza judicial, de los procesos en que ella opera, y la efectividad de esa forma de caución.

5.4 CASOS EN QUE OPERA LA CAUCION EN LA MODALIDAD DE POLIZA JUDICIAL.

Puede afirmarse que salvo la hipótesis en que una norma exija exclusivamente caución en dinero, EN TODOS LOS RESTANTES EVENTOS ES VIA-

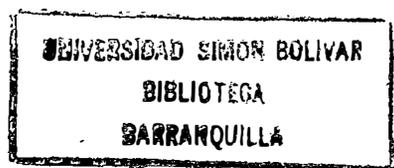
BLE, LA PRESTACION DE LA CAUCION EN LA MODALIDAD DE POLIZA JUDICIAL debido a que cuando a más de dinero se cualifica con otra clase de caución (519 del C.de P.C.) ya se vió que esa restricción queda cobijada la póliza judicial.

Por lo tanto la enumeración que a continuación realizamos comprende los casos que hemos hallado donde procede la caución y puede otorgársele con la modalidad de póliza judicial, si a bien lo tiene el garante, tal como en la práctica acontecem pues aunque teóricamente se pueden prestar otro clase de cauciones usualmente, se acude es a la póliza judicial por las ventajas atrás expuestas.

a.- El Artículo 47 del C.de P.C. que dispone que el agente oficiosos deberá prestar caución para responder de que el demandante ratificará su actuación. Si así no sucede la garantía viene a servir para cancelar los perjuicios sufridos por el demandado, .

b.-El artículo 371 inc. 2 del C.de P.C. establece que cuando se interpone recurso de casación el recurrente deberá prestar caución para responder por los perjuicios que se deriven por la demora en la ejecución del fallo , pues la misma impide precisamente que se procedo su cumplimiento inmediato, .

c.- El Art. 383 del C. de P.C. establece que deberá prestar caución quien



propone recurso de revisión para garantizar el pago de los perjuicios que se pueden ocasionar a quienes fueron parte en el proceso.

d.- El Art. 513 del C. de F. C. establece que cuando se solicitan medidas cautelares dentro del proceso de ejecución antes de la ejecutoria del mandamiento de pago deberá prestarse caución que garantice el pago de los perjuicios que con tales medidas se puedan ocasionar al demandado o a terceros caución que resulta inexplicable, no se exigió siempre que se pidan esas medidas cautelares porque sólo es obligación prestarla cuando se piden los embargos antes de la ejecutoria del mandamiento de pago y no después.

e.- El Art. 519 del C. de P. C. establece la caución para impedir o levantar embargo dentro del proceso de ejecución.

f.- El Art. 631 num 7 del C. de P. C. establece que el liquidador dentro de los procesos de disolución y liquidación de sociedades deberá prestar caución para responder por los perjuicios que se originen en el indebido manejo de los bienes sociales.

g.- El Art. 655 numeral 1 del C. de P. C. consagra la caución que deberá prestar el guardador testamentario.

h.- El Art. 683 del C. de P. C. en su inciso 3 establece que el secuestre deberá prestar caución para garantizar el adecuado desempeño de su cargo y los

y los perjuicios que de una administración descuidada puedan derivársele .
Creemos también que esta caución se predica de la albacea habida cuenta de que el Art. 599 del C. de P.C. dispone que el albacea tendrá los deberes y atribuciones propias de un secuestro y el Art. 687 .

i.- El artículo 687 del C. de P.C. obliga la prestación para decretar de caución por parte del tercero que no estuvo presente en la diligencia del secuestro para que pueda tramitar el incidente de levantamiento del mismo .

j.- Art. 690 Num. 1 letra B. exige la prestación de caución para decretar el secuestro de bienes muebles dentro del proceso ordinario. Es una tremenda falla que no se haya exigido esa caución para el evento contemplado en la letra a . de esa disposición el registro de la demanda .

k.- El Art. 568 del C. de Co. la exige para decretar el comiso y el secuestro , cuando se violan el derecho del titular de una patente.

l.- El Art. 806 del C. de Co., al establecer el trámite para la reposición y cancelación de títulos valores exige que se preste caución para ordenar la suspensión del cumplimiento de las obligaciones derivadas del título.

ll.- El artículo 1959 del C. de Co. señala que el síndico de una quiebra deberá prestar caución que responda por los perjuicios que de su gestión

puedan surgir.

M.- La ley 56 de 1985 dentro del proceso de lanzamiento la prevé.

Bien se observa que estas cauciones se prestan dentro de los más disímiles tipos de procesos, ordinario, ejecutivos, de sucesión, de quiebra, abreviados de ahí que para los efectos de los siguientes explicación desde ahora dejémoslo sentado que cuando de efectividad de garantías en modalidad de pólizas judicial se refiere tan solo hablaremos de dos clases de procesos, las garantías prestadas en procesos de ejecución y las prestadas en los restantes juicios.

5.5 LA EFECTIVIDAD DE LAS CAUCIONES OTORGADAS POR EMPRESAS DE SEGUROS.

5.5.1 Requisitos para que surja la Responsabilidad de la Aseguradora Garante:

Si hemos partido de la base que la garantía en póliza judicial es contrato de Seguro, dentro de la modalidad de la aseguradora tan sólo surgirá sobre la base de la existencia de un siniestro, es decir, la realización del riesgo asegurado (art. 1072 del C. de Co.) que predicado de los eventos amparados con una póliza judicial conllevan la presencia del hecho previsto como generador del perjuicio y de la inequívoca demostración del monto del mismo.

La demostración se obtiene mediante declaración judicial que se puede realizar

ya sea dentro del mismo proceso donde se prestó la caución o dentro de actuación autónoma destinada especialmente para obtener esa especialidad. La declaratoria de la obligación a pagar perjuicios así como el señalamiento de su monto, necesariamente deben efectuarse a través de providencia, única forma de demostrar cabalmente el siniestro en lo que a esta modalidad de contratos de seguro concierne.

Así sea que la caución se presente dentro de un proceso de ejecución, o que lo sea dentro de otro diverso, siempre es menester la demostración judicial de la circunstancia que determina la existencia del siniestro y su cuantía. No otra es la conclusión que surge del art. 508 del C. de P. C.

En efecto, si la póliza se prestó dentro de un proceso de ejecución para lograr la efectividad ante la aseguradora garante es menester que exista una providencia que los disponga, dado que la acción ejecutiva en contra del garante sólo es posible cuando han transcurrido tres días después de la ejecutoria de ...
" La providencia que así lo ordene", en tanto que si se trata de caución otorgada dentro del proceso diverso al de ejecución es menester que dentro de ese otro proceso donde se prestó la caución, o en sentencia dictada en juicio ordinario especialmente adelantado para obtener esa finalidad, se realice la correspondiente condena, ya que de otra manera no resultaría posible adelantar el juicio ejecutivo de que trata el inciso 4 del art. 508 del C de P.C. o no ser que el garante acepte expresamente su obligación antes de la pro-

videncia judicial , hipótesis harto improbable en la que el título ejecutivo lo constituiría la confesión judicial o extrajudicial donde se concretará la obligación .

Queda entonces claro que la posibilidad prevista en el art. 1053 numeral 3 del C. de Co. de demostrara aún extrajudicialmente el derecho a la indemnización no es de recibo dentro de esta especial modalidad de garantía.

Procede ahora el análisis del cobro de la caución que varía parcialmente según se haya otorgado para proceso ejecutivo o para uno diverso.

5.5.2 COBRO DE LA CAUCION OTORGADA EN PROCESO EJECUTIVO.

Lo primero que debemos hacer es señalar , de todas las cauciones contempladas por la ley, cuales son las que se prestan dentro del proceso de ejecución y recordar que ellas son la caución del mandamiento de pago (art.513 C. de P.C.) y la caución para impedir o levantar embargos de que trata el art. 519 del C. de P.C.

Si bien es cierto teóricamente estas cauciones pueden otorgarse utilizando cualquiera de las clase de garantías ya explicadas, reiteramos que en la práctica la que se emplea en la misma mayoría de los casos es la póliza judicial, de ahí que prediquemos estas explicaciones de esta modalidad, pero no

sin antes advertir que es posible extender las misma a otras clases de caución porque la norma (508) , salvo las garantías reales señala idéntico trámite para su cobro.

Cuando existe la póliza judicial prestada para amparar los perjuicios que se ocasionen en las medidas cautelares , bien claro resulta que cuando se levantan estas medidas es que puede surgir la responsabilidad de la aseguradora garante.

Obliga por lo mismo analizar en qué casos se pueden levantar medidas cautelares practicadas y es así como surgen con tal efecto los siguientes eventos:

A) Cuando el demandado excepciona y obtiene fallo favorable, hipótesis en la cual dispone el art. 510 del C. de P.C. en su numeral 4 que " La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso ; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas del proceso y LOS PERJUICIOS QUE AQUEL HAYA SUFRIDO CON OCASIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La liquidación de los perjuicios se ejecutará a lo dispuesto en el art. 308 ".

Bien se observa, en este primer evento , que la providencia que determina la existencia de la obligación de indemnizar, en este caso en favor de la parte demandada, es la sentencia que declara probadas las excepciones y

que la declaratoria de esta obligación, que tiene la fuerza de una providencia de condena en abstracto, únicamente puede efectuarse cuando existen medidas cautelares practicadas, porque la condena por perjuicios cuya declaración se impone, es solo de los sufridos con ocasión de las medidas cautelares de ahí que si no se efectuaron las mismas esta condena no la podrá imponer el juez.

Diferente es la posibilidad de que el funcionario condene también dentro de la sentencia a los perjuicios causados con ocasión de actuaciones de mala fé o temerarias, evento en el cual la causa de la condena está en el art. 72 del C. de P.C. y debe quedar muy claro NO ES UNO DE LOS RIESGOS AMPARADOS CON LA POLIZA JUDICIAL, de ahí que cuando exista la condena al pago de perjuicios esta puede tener un doble origen, los provenientes de las medidas cautelares y los que se originan en actividades malisiosas o temerarias. Solo los primeros constituyen riesgo cubierto por la póliza, de modo que en aquellos eventos en donde hipotéticamente se pueden imponer las condenas por las dos causas debe tenerse muy claro que el período de concreción de ellas la aseguradora tan sólo está obligada por los originados en las medidas cautelares.

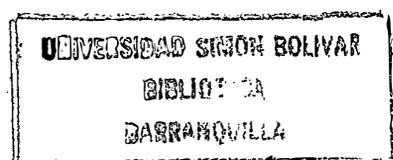
Cuando se presta la sentencia que acoge las excepciones totalmente y termina el proceso AUN NO EXISTE OBLIGACION CLARA A CARGO DEL CAUSANTE DEL PERJUICIO Y NATURALMENTE Y NATURALMENTE DEL GARANTE de ahí que aún nada se les pueda exigir.

La razón es obvia. Como se trata de una condena in genere es menester su concreción, de ahí que opera el art. 308 del C. de P.C.

Si no se presta la solicitud de que se concreta la misma dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que realizó la condena o si presentada no se demuestra el monto del perjuicio, finaliza la obligación y queda exonerada de toda responsabilidad aseguradora garante, pues caducado el plazo para pedir la concreción o no demostrando el monto de la misma ya no es posible adelantar ninguna otra actuación en orden a la determinación de la obligación y esta desaparece.

B) Surge la obligación de indemnizar perjuicios que están garantizados con la póliza judicial cuando en desarrollo de la facultad prevista en el art. 687 numeral 6 del C. de P.C. , un tercero adelanta incidente para demostrar que era el poseedor en el momento de la diligencia de secuestro y logra el levantamiento de las medidas cautelares caso en el cual dispone el inciso final de dicha disposición, " se condenará en costas y perjuicios a quienes pidieron tales medidas" , norma que no efectúa la expresa remisión al art. 308 que si se realiza el art. 510.

En este caso bien se observa que el favorecido con la condena en abstracto al pago de los perjuicios es el tercero que obtuvo éxito en el incidente de desembargo y no el demandado como aconteció en la hipótesis anterior.



Queda el interrogatorio referente arsi ante el silencio legal , igualmente se aplica el art. 308. Creemos que la respuesta positiva se impone. Ante todo debemos sentar el principio afín a que el art. 308 de C. de P.C. no solo se aplica cuando existe una expresión remisión legal al mismo sino que, aún en ausencia de la misma, tal norma cubre aquellos eventos en donde, dentro de cualquier actuación judicial, se imponga una condena ingenera. Por tal razón si no se pide su concreción dentro de los dos meses siguientes o pedidas en oportunidad no se prueba , termina toda obligación , el garante queda todo descargado de responsabilidad y debe cancelarse la garantía tal como lo prevé el art. 679 en su num. 4.

C) Tercer evento en el cual opera la cobertura que otorga la póliza judicial es cuando las medidas cautelares se levantan debido a que dentro de los tres meses siguientes a la práctica de las medidas cautelares" recuerdese que el art. dice que los tres meses se cuentan a partir de la fecha del mandamiento de pago pero que ante la no coincidencia de la norma con la realidad, se ha interpretado que el plazo es a partir de la práctica de la medida " (29). No se ha obtenido la notificación del mandamiento de pago a los ejecutados o realizados las publicaciones para su emplazamiento, caso en el que el juez, aún de oficio levantará los embargos y secuestro practi-

(29) LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Civil, Parte especial. Edit. Temis, Bogotá, 1985. 3a. Edic. -p. 292.

cados, providencia en la que debe imponer el pago de los perjuicios ocasionados con las medidas por expresa indicación que efectúa el art. 687 en su inciso final, condena que puede favorecer a la parte demandada o a terceros, solo que si quien busca su concreción es un tercero, creemos que debe además dentro del trámite de que trata el art. 308 demostrar esa calidad de tercer poseedor puesto que por sustracción de materia, ya no lo podrá hacer en el incidente que usualmente le está asigando.

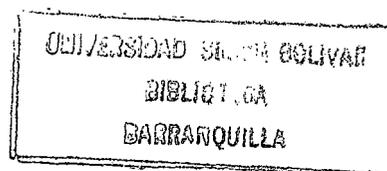
En esta hipótesis nuevamente opera el art. 308 del C. de P.C. y todas las consecuencias que de él se derivan ya mencionadas.

D) Cuarta eventualidad de hacer efectiva una caución dentro del proceso de ejecución se presenta cuando se revoca el mandamiento de pago, caso en el cual se levantan las medidas cautelares y se condenan al ejecutante al pago de costas y perjuicios que son de dos clases: Los ocasionados con el levantamiento del proceso haya o no medidas cautelares y los provenientes del levantamiento de las medidas cautelares condena prevista el art. 687 numeral 4 y 6 en su inciso final y cuyos perjuicios cubre la garantía no así los otros.

E) Quinta la posibilidad de obtener una providencia que obligue a la efectividad de una caución, básicamente de la póliza judicial, en cuanto se ha garantizado para otorgar la consignación " a ordenes del juzgado del valor del crédito y de las costas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria

de la sentencia que desestime las excepciones, del auto que acepte el desistimiento de ellas o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuera el caso ".

Esta hipótesis indudablemente es la menos clara de las mencionadas debido a la deficiente redacción de la norma en la parte transcrita (art. 519 inciso3). Ante todo es menester que esta caución se justifica para levantar o para evitar embargos cuando el demandado ha formulado excepciones y se quiere afrontar la larga tramitación de las mismas (en la práctica similar a cualquier juicio ordinario), sin la presión de las medidas cautelares o la posibilidad de prácticas de las mismas, pues resulta obvio que si no se presentan excepciones carece de lógica presentar esta caución dado que se va dictar de inmediato (art.607) la sentencia ordenando que siga adelante la ejecución, aunque bueno es advertir que NO ES REQUISITO CONDICIONANTE PARA RESTAR ESTA GARANTIA EL EXCEPCIONAR. Si se dicta donde las excepciones fueron denegadas o si estas no se presentaron oportunamente y se ordenó proseguir la ejecución,(en la práctica estas dos sentencias tienen el mismo efecto), el juez debe ordenar en tales determinaciones que se realice la consignación a órdenes del juzgado del valor del crédito y de las costas y, aquí es donde viene fallia garrafal, " dentro de los tres días siguientes la ejecutoria de la sentencia ", lo cual resulta un imposible jurídico debido a que dentro de esa oportunidad aún no se ha establecido el monto del crédito ni el de las costas, POR SER ESTA UNA TRAMITACION POSTERIOR A TAL MOMENTO PROCE -



SAL, QUE DE SUYO CONLLEVA UN PIA ZO MUCHO MAYOR QUE EL EXIGUO DE TRES DIAS DE QUE HABLA LA NORMA OBTENER SU SEÑALAMIENTO .

Consideramos que únicamente se ha concretado el monto del crédito y de las costas es cuando debe dictarse la providencia que establece ya en concreto la responsabilidad de la aseguradora garante.

Por tal motivo, negadas las excepciones, ordenando que siga adelante, la ejecución, aún nada debe pagar la aseguradora quien debe esperar hasta cuando se concrete y defina mediante ejecutoría del auto que pruebe la liquidación del crédito y las costas y solo frente a tal determinación es que existe la obligación de pagar como máximo hasta el límite de la suma asegurada y naturalmente la posibilidad de su cobro por la vía propia del juicio ejecutivo, condena esta que es favor de la parte demandante.

5.5.2.1 Exigibilidad de la Obligación a Cargo de la Aseguradora Garante

dentro del mismo proceso de Ejecución.: Dado que estamos explicando las principales hipótesis que se presenta dentro del proceso de ejecución se tiene luego que la ejecutoría de cualquiera de las providencias anteriores (concreción de la condena por el 308 del C.de P.C.; liquidación del crédito y de las costas) es cuando tiene su lógica aplicación el art. 508 del C de P.C., cuando en su inciso primero señala que " cuando en un proceso

ejecutivo se hubiere prestado bancaria o de compañía de seguros con cualquier fin, SI QUIEN LA OTORGA NO DEPOSITA SU VALOR DENTRO DE LOS TRES DIAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DE LA PROVIDENCIA QUE ASI LO ORDENE, el juez librará mandamiento ejecutivo contra el garante..." norma de donde se desprende, esencialmente de lo resaltado en mayúsculaa, que luego de la ejecutori de alguna de las providencias mencionadas atrás DEBE EL JUEZ PROFERIR OTRA PROVIDENCIA , concretamente un auto, EN DONDE ORDENE AL GARANTE QUE DEPOSITE EL VALOR QUE CORRESPONDA, como máximo el monto de la caución, porque cuando el valor de la caución es superior, el garante solo ha visto el límite de su responsabilidad, con la prevención que si dentro de los tres días siguientes a su notificación no ha efectuado la consignación de rigor a órdenes del juzgado, se librará la correspondiente orden de pago, con lo cual resulta evidente que no es necesario presentar o presentar reclamo a la aseguradora y que esta no dispone del plazo de gracia de 60 días para pagar u objetar como acontece en la generalidad de los seguros por primar estas normas especiales sobre la materia.

Este auto lo debe dictar aún el juez de oficio, es decir, que no se requiere petición de parte de ahí que en este aspecto estemos en desacuerdo con lo que dice Echandía , quien admite que se debe dictar la providencia que mencionamos pero cualifica anotando que "el juez debe librar el mandamiento si se le pide , apenas pasen tres días desde la ejecutoría del auto que ordene depositar el valor, previa notificación de este auto en la for-

ma que indica el inciso segundo " (30).

Y es que, basta la lectura de la norma transcrita, para ver como EN PARTE ALGUNA ALGUNA SE EXIGE QUE EXISTA PETICION DEL INTERESADO PARA LIBRAR EL MANDAMIENTO DE PAGO, por cuanto basta que transcurran los tres días siguientes a la ejecutoría del auto que ordenó consignar para que el juez, ante la renuencia de la aseguradora garante a hacerlo, libere el mandamiento de pago, se insiste sin que importe si hay o no petición de parte PUES ESTA PETICION TAN SOLO LA RESERVA EL CODIGO PARA LA DENUNCIA DE BIENES DEL GARANTE, cuyos embargos y secuestros tan solo se llevarán de acuerdo con " los bienes que el interesado denuncie", pero no se predica la exigencia del mandamiento de pago que el juez, aún de oficio debe proferir.

Prosiguen los problemas que genera la pésima redacción del art. 508 del C. de P.C. porque otro de ellos es como se notifica el mandamiento de pago. Ciertamente el inciso segundo del art. 508 señala que "la notificación al garante de la orden para que haga el depósito se hará en la forma indicada en el art. 205 ", pero nada dice en cuanto al mandamiento de pago y es que, recuérdese la orden para que haga el depósito es ANTERIOR AL MANDAMIENTO DE PAGO, precisamente se dictó debido a que no se cumplió esa orden de efec-

(30) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo. III. Edit. A.B.C., 3a. Edic. 1977, p. 318.

tuar el depósito .

Dado que estamos en una modalidad de ejecución dentro del mismo expediente opinamos que por aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 335, IGUALMENTE ES POSIBLE NOTIFICAR EL MANDAMIENTO DE PAGO EN LA FORMA PREVISTA EN EL ART. 205. del C. de P.C., es decir, por aviso, aún cuando ante la inculcable realidad, de ya el garante, la aseguradora en nuestra hipótesis esta alertada de lo que ocurre dentro del proceso debido a la notificación que se le hizo de la orden de consignar como máximo el valor de la caución, lo ideal hubiera sido que el mandamiento de pago se hubiere notificado por estado y queda esta inquietud como sugerencia para futuras reformas legales.

Con lo que existe, nuestra opinión se inclina porque también el mandamiento de pago se puede notificar en la forma prevista en el art. 205 y no necesariamente de manera personal como lo dice el art. 505 del C.de P.C. para la generalidad de las ejecuciones.

5.5.2.2 Las excepciones dentro de esta Especial Clase de Ejecución : Una vez notificado el mandamiento de pago no puede el ejecutado garante alegar ninguna excepción, aspecto que hallamos lógico debido que lo concerniente a la obligación que se cobra y su monto ya fue objeto de determinación judicial en providencias ejecutoriadas en actuación anterior , donde si bien es cierto no fué parte del garante, el hecho de haber asumido una respon-

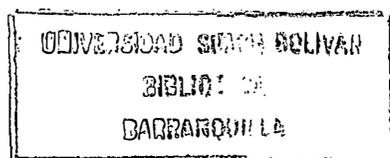
sabilidad solidaria con el garantizado le impide con toda lógica entrar a cuestionar una obligación que proviene de providencia judicial ejecutoriada.

No obstante creemos que el garante encuentra algunos medios de defensa tales como promover el incidente de tacha de falsedad, utilizar los recursos en contra del mandamiento de pago o incluso demostrar que ya pagó para que el juez aplique el art. 305 del C.de P.C. en su inciso final.

Ciertamente imaginemos que la póliza judicial haya sido objeto de una falsedad, ejemplo se expidió para asegurar hasta un valor de \$ 10.000 y se adulteró para elevar la cifra a un millón o más. creemos que en este caso resulta innegable la posibilidad de tramitar el incidente para demostrar la falsedad. Es más imaginemos que la póliza ni siquiera la expidió la aseguradora que se demanda, que la falsedad fué total. Mal podría negarse este medio de defensa.

Igualmente es posible utilizar los recursos contra el mandamiento de pago cuando aún no era del caso proferir el mismo, por ejemplo si no se ha ejecutado la concreción de la condena o no se ha dictado el auto que ordena previamente requerir a la aseguradora garante para que consigne, para citar algunos eventos en los que no proceda la ejecución que estudiamos.

Y, que no decir cuando la aseguradora ha pagado antes. Bien porque consig -



nó todo el valor de la caución a órdenes del juzgado y no obstante lo cual se le está ejecutando o bien porque pagó directamente al beneficiario de la condena, o llegó a una transacción con el mismo. Ante estas inocultable realidades creemos que no obstante la drástica norma existen los medios procesales de hacer vales esas circunstancias que no por escasas dejan de ocurrir en nuestro medio.

Una vez en firme el mandamiento de pago, si debe proseguir la actuación vendrá la sentencia de que trata el Art. 507 del C. de P.C. y los trámites de remate propios de toda ejecución hasta lograr la efectividad de la obligación cobrada y con la expresa anotación que las condenas en costas y perjuicios que puedan imponerse a la entidad demandada y que fué garante, tienen una causa nueva y no está cobijadas por el monto de la garantía que expidieran y cuya efectividad se busca, pues obedece a la renuencia del garante para cumplir con su obligación de pagar.

5.5.3 La ejecución para el cobro de cauciones expedidas para procesos diversos al de ejecución. Nos corresponde analizar ahora el cobro de las cauciones otorgadas en procesos diversos al de ejecución en donde, tal como es la costumbre generalizada la más utilizada de todas las garantías es, por las mismas razones ya dadas, la póliza judicial. El Art. 508 del C. de P.C. en su inciso cuarto señala que " Para el cobro de la caución prestada en procesos distintos de los de ejecución , el interesado deberá formular demandas, que

se tramitará ante el mismo juez, por el procedimiento ejecutivo, en el cual se aplicará lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del presente artículo".

En este se advierte una gran diferencia con el sistema establecido para el cobro de las garantías otorgadas dentro del proceso de ejecución. En estos no es necesario presentar demanda ya vimos que incluso el juez de oficio puede dictar mandamiento de pago. En los otros procesos es menester formular una demanda a la cual se tramitará ante el mismo juez, es decir, ante el juez que conoció del proceso de donde se presentó la caución y en el cual se hizo la declaratoria de la obligación y se estableció su monto, aún cuando no necesariamente este señalamiento se ha debido realizar por el mismo funcionario, ante el que se prestó la caución, porque existen casos donde se requiere de procesos ordinarios destinados especialmente para el fin.

Imaginemos, para dar un ejemplo que ilustre lo anterior que se prestó caución dentro del juicio ordinario con base en lo dispuesto en el Art. 690 num. 1 literal b. del C.de P.C. y que ese proceso ordinario terminó con sentencia absolutorias para el demandado, motivo por el cual en ella el juez ordenará que se levante el secuestro aplicando el Art. 687 num. 5 y además condenará al pago de las costas y de los perjuicios causados con el secuestro. en este caso si se concreta la condena, que lo debe ser dentro del mismo proceso y por el trámite del Art. 308 del C.de P.C. podrá el acreedor para cobrar la garantía presentar ante el mismo juez que conoció del proceso:

ordinario la correspondiente demanda ejecutiva.

Supongamos que la caución la prestó un secuestre para responder por los perjuicios que puede ocasionar a las partes con una indebida administración o cuidado del bien que se le entregó y que el mismo destruyó. En este caso es necesario adelantar proceso ordinario en contra del secuestre, para establecer su responsabilidad y si así ocurriere dentro de ese proceso ordinario destinado exclusivamente para deducirle la responsabilidad al secuestre (Art. 2263 y 2280 del C.C.). Se obtendrá el correspondiente fallo condenatorio y el preciso monto de los perjuicios. En este caso será posible ejecutar al garante presentando la demanda ejecutiva ante el mismo juez que conoció del proceso donde se efectuó el señalamiento y prestación de la caución.

Ya el trámite de la ejecución para cobrar la caución otorgada en procesos diversos al ejecutivo se ciñe en un todo a lo anteriormente explicado para el cobro de la garantía otorgada en juicio ejecutivo porque su deferencia esencial es lo afín a la prestación de la demanda de modo que esas anotaciones nos remitimos.

5.6 LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CONTRA LA ASEGURADORA FRENTE A LA POLIZA JUDICIAL.

Aspecto final de este tema lo constituye el análisis de las disposiciones sobre

prescripción frente a las acciones que acabamos de estudiar, no estas que , a diferencia de las tratadas atrás tienen tan solo explicación respecto a la específica, forma de la garantía, constituyen la caución otorgada con empresas de seguros debido a que ellas están regidas por el Art. 1081 del C. de Co., de modo que presenta un especial interés en contra de la aseguradora con ocasión de la expedición de la póliza judicial, etc.

Lo primero que debe recordarse es que la obligación condicional de una aseguradora se presenta cuando ocurre el siniestro y en relación con las pólizas judiciales , ya se explicó que el siniestro lo constituye la DECLARACION JUDICIAL QUE IMPONE LA OBLIGACION Y LA CONCRECION DE ELLA POR MEDIO DE PROVIDENCIA JUDICIAL.

Unicamente cuando se declara la obligación y se precisa su monto se entiende ocurrido el siniestro . Por ende es a partir de ese momento normalmente la ejecutoria, del auto que concreta la obligación ; que empieza a correr el término extraordinario de prescripción de 5 años pues esta clase computa desde cuando nace el respectivo derecho y es precisamente con la concreción del monto de lo anterior .

Pero como lo usual es que se dé el término de prescripción ordinario, dos años contados a partir del momento en que, " El interesado halla conocimiento debido tener conocimiento, del hecho que da base a la acción", se observo que; empezará a correr ese termino de prescripción desde cuando se ha notificado

a la aseguradora garante , la orden de que consigne en la cuenta de depósito judiciales la suma que corresponda, auto que, se recuerda debe notificarse en la forma prevista en el artículo 205.

Efectuada esta notificación la aseguradora , o conoció o debió tener conocimiento del siniestro , y por lo tanto es a partir de ese momento que corre el termino de prescripción de dos años.

Surge nuevamente el problema ya expuesto, que si el auto que ordena a la aseguradora pagar puede o no, el juez proferirlo de oficio o a petición de parte y reiteramos que, en nuestra opinión lo debe hacer de oficio; pero , cualquiera que sea la tesis que se adopte, debe quedar muy claro que ese auto no constituye por sí solo causal de interrupción del término , de prescripción , porque la misma, tan sólo se debe entender interrumpida el mismo cuando se ha proferido el mandamiento de pago y se ha notificado, en forma que tal que si se limita la labor del juez que le ordena a la aseguradora , pagar e inclusive notificarlo a la aseguradora, nada más se actúa si transcurren dos años desde cuando se notificó, prescribirá la notificación y debe ser escuchada la aseguradora debido a que la imposibilidad de proponer las excepciones la atendemos predicada en circunstancias anteriores a la ocurrencia del siniestro pero no de posterior como lo es la prescripción, de modo que si luego de los dos años, o aún después de los 5 según el caso , se notifica el mandamiento de pago creemos que se podrá considerar

la excepción de prescripción.

De la misma manera si se dicta el mandamiento de pago, pero se notifica el mismo tardíamente, es decir, después de dos años de notificado el auto que le ordenó pagar creemos también que se estructura la prescripción ordinaria, debido a que no operó la interrupción de manera oportuna al tenor de lo previsto en el Art. 90 del C.de P.C.

Y es que en nuestro concepto la circunstancia que se le otorga a la aseguradora pagar, no constituye a la luz del Art.90, la base para interrumpir la prescripción, ya que ella debe condicionarse es a la expedición del mandamiento de pago y lnaturalmente su oportuna notificación.

Por ende si declarada y concretada la obligación garantizada con póliza judicial transcurren más de 5 años, sin que se haya realizado ninguna actuación, prescribe la obligación a cargo de la aseguradora.

Si se ha dictado el auto que ordenó consignar, y se notificó, a partir de ese momento se computan los dos años de prescripción ordinaria de modo que si nada se hace, a partir de la misma o si tan sólo se dicta el mandamiento de pago pero no se obtiene antes del vencimiento su notificación creemos que igualmente opera la prescripción.

Ahora bien, si se dicta y notifica el mandamiento de pago, operó la interrupción y ya la duración del proceso poca importancia viene a tener.

6 . CONCLUSIONES

Las medidas cautelares desarrollan un principio de igualdad de equilibrio procesal, por cuanto con ella se asegura mantener intacto, un estado de cosas durante el transcurso del proceso, al que existía antes de formularse la demanda o le sean reconocido cuando con ella se trata de obtener pruebas adelantadas para ser utilizadas en un proceso.

Es infundado pensar que las medidas cautelares son en beneficio exclusivo de la parte acreedora, sino que también está destinado a proteger el orden jurídico en su integridad.

Tampoco es correcto creer en las medidas cautelares solo recaen sobre los bienes, pues estas también recaen sobre las personas.

Sería absurdo elevar las medidas cautelares a las categorías de proceso cautelar, ya que sólo están destinadas a operar dentro del juicio, como un instrumento de proceso. Lo que debe hacerse es reservarles a las medidas cautelares una parte especial dentro de la correspondiente codificación de una

forma más amplia a la actual codificación.

Debemos sugerir que den permitirse los embargos cuando se disputen los derechos reales sobre bienes o se persigue la declaratoria de derechos personales bastando tan sólo que el demandante lo pida pero prestando la correspondiente caución en caso de no prosperar su demanda.

Creemos que debe ampliarse el régimen de las medidas cautelares a todos los procesos de carácter cognoscitivo para tener una mayor confianza de las determinaciones que se tomen en los juicios ordinarios.

El libro IV del C. de P.C. quedó para las medidas cautelares reales sin que se tipifiquen las personales, las cuales quedaron desarrolladas a medida que se van consagrando diversos tipos de procesos, cuando han podido quedar consignadas en el título IV del C. de P.C.

Podemos concluir que el embargo es un acto de instrucción cuya realización sólo le compete al juez y que sólo el puede decretarlo, que coloca los bienes embargados fuera del comercio, el cual se realiza de diferente manera de acuerdo con la naturaleza del bien sobre el cual recaiga.

Consideremos que la definición del C.C. del secuestro no es la correcta por: En primer lugar "La disputa de la cosa" no es cierta en la mayoría

de la veces y totalmente descartada en el proceso ejecutivo,

En segundo lugar, "que la restitución debe hacersela a quien obtenga una decisión judicial en su favor", no cabe por cuanto no existe controversia sobre el bien.

El secuestro es diferente del embargo, por cuanto no coloca los bienes fuera del comercio, situación que si sucede con el embargo por disposición legal.

Las oposiciones atendibles deber ser las formuladas en la diligencia inmediatamente después de identificados las cosas objetos de la oposición, En esta forma debe interpretarse el Art. 686-2 del C. de P.C.

Las medidas cautelares se pueden levantar bien sea en favor de terceros, o sea, personas ajenas al proceso.

Constituye necesidad imperiosa ampliar prontamente la cobertura del sistema de cautelas y contracautelas.

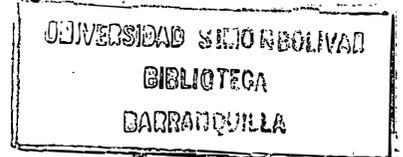
- Esa ampliación resulta de particular urgencia adoptarla dentro de los procesos declarativos, en especial el ordinario, par contemplar siempre en ellos la posibilidad de embargos y secuestros.

Deberá adoptarse el principio general, y sin excepciones de que no puede decretarse una medida cautelar sin la correspondiente contracautela (caución)¹.

Tal como está regulado el régimen de cauciones dentro de nuestro sistema tan solo en los taxativos casos en que se exigen las mismas resulta obligatoriamente una forma específica de ella (básicamente la de dinero) el otorgante, puede a su elección utilizar cualquiera de las permitidas por la ley y no tiene el juez facultad de imposición en lo que a que clase concierne.

BIBLIOGRAFIA

- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Procesos Ejecutivos. Tomo IV. Edit. Jurídicas Wilches, Bogotá D.E. 1987 pág. 1, 2, 109, 118, 158, 179.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso. Edit. Ejea, Buenos Aires. 1971. Págs. 213, 415.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III 3a. Edic., Edit. A.B.C. 1977. págs. 318, 134, 367, 374, 532, 746.
- De los Procesos de Ejecución, de las Cauciones, del Embargo y Secuestro. Separata de la Edición del Código de Procedimiento Civil. Edic. Crítica Jurídica, Bogotá D.E. 1971. Págs. 330 a 338.
- FASSI C., Santiago. Código Pfocedimiento Civil y Comercial. Edit. Astrea. Buenos Aires. 1971. Págs 239, 329.
- FAIREN GUILLEN, Victor. Temas de Ordenamiento Procesal. Tomo II. Edit. Técno. Madrid 1969. pág. 901.
- GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas Cautelares. Edit. A.B.C., Bogotá D.E. 1981. Págs 168 a 195.
- Práctica Civil y Comercial. Tomo I, 3a. Edicc., Edit. Librería Jurídica, Bogotá D.E., 1982.
- Auto del 31 de Octubre de 1978, Publicado en el C. de P. C., Héctor Angel Castro, 1985, pág. 529, 530.
- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, 3a. Edic., Tomo I, Edit. Hergon, Madrid, 1968, pág. 420
- HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil. Edit. Artes Gráficas, Madrid 1976. págs 230, 233, 238, 299.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Derecho Procesal Civil., Edit. Ejea, Buenos Aires, 1980. pág. 163.
- LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial, 3a. Edic., Edit. Temis Bogotá, 1985.



----- Conferencias Mimeografiadas, Universidad Externado de Colombia,
Bogotá D.E. 1986. págs 1 a 35.

MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Edit. A.B.C.
Bogotá. 7a. Edic. , Parte general . pág. 134,237.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. 16a. Edic., Edit. Temis, Bogotá 1983

----- Código de Procedimiento Civil. 14a. Edic., Edit. Temis Bogotá 1984.

PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. 9a. Edic., Edit. Cholos
págs.155 a 215 .

REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Edit. Ejea. Buenos Aires. Tomo II,
1957. pág 243.

ROCCO, Ugo. Tratado. Tomo IV, Págs. 178,179 .

REVISTA UNIVERSITARIA EXTERNADO DE COLOMBIA, Agosto 1983, Bogotá
D.E. , pág. 19 a 43

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA , 1984 , págs. 293 ,294.