

MEDIDAS CAUTELARES

Son providencias adoptadas para asegurar o garantizar la eficacia de los derechos. Son transversales a todos los procesos.

- ❖ Toda cautela es Provisional, Accesorio, Instrumental y Preventiva.

Provisional. Se adoptan mientras se satisface el derecho sustancial. Están ligadas a la duración del proceso (verbigracia, Art. 597 CGP).

Es por eso que si no se formula la solicitud de ejecución de un fallo declarativo, dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria, se cancelan las cautelas.

La provisionalidad supone que las cautelas sean modificables (Verbigracia, Arts. 590, num 1, lit c, y 600 CGP -> pueden sustituirse, modificarse u ordenarse el cese).

Accesorias. No pueden concebirse sino al interior de un proceso en curso.

Hay que tener en cuenta que se pueden ordenar medidas cautelares en la práctica de pruebas extraprocesales. Por ejemplo, en una inspección judicial que se encuentre una impresión de libros no autorizados; el interesado puede solicitar que se decrete el secuestro de bienes, el juez deberá ordenar la cautela, fijar el monto de la caución y un plazo para que el interesado cumpla con ella. (Puede pensarse además de inspecciones judiciales, en peritaciones, exhibiciones de documentos o interrogatorios de parte).

Ojo que si no se paga la caución fijada por el juez dentro del plazo por él estipulado, se levanta la cautela e imponerse una multa de hasta 100 SMLMV, además de la condena a resarcir los perjuicios. Es por ello que el solicitante de una medida cautelar extraprocesal no puede desistir de ella mientras no haya prestado caución, a menos que el perjudicado con la misma lo acepte.

Existe una excepción a la provisionalidad y el carácter accesorio, evento en el que cautelas pueden tornarse definitivas sin haber mediado un proceso jurisdiccional; en procesos de protección a los derechos de propiedad intelectual (Art. 568 C.Co.). Dichas cautelas no están condicionadas a que el propietario de la patente inicie un proceso en contra del infractor; es el infractor quien debe iniciar un proceso para demostrar la legalidad de sus actuaciones, dentro de los 4 meses siguientes al decreto de la cautela; si no se promovió el proceso o no salió airoso, la cautela se torna definitiva (Ej. Caución, comiso de bienes, prohibición de hacer propaganda, etc.).

Instrumentales. Están en función de la pretensión, la cual determina la clase de cautela.

Preventivas. Se anticipan a la decisión para proteger el derecho. Pueden practicarse sin audiencia del demandado.

Ello no constituye un juzgamiento, es por eso que las cautelas no son sanción para el demandado sino garantía para el solicitante.

Una de las consecuencias de su carácter preventivo es que todos los recursos se consideran interpuestos en efecto devolutivo; ninguno impide el cumplimiento inmediato de la cautela.

- ❖ Toda cautela cumple con al menos uno de los siguientes objetivos:

Preparar la ejecución de la sentencia para el evento de que sea favorable al demandante.

Anticipar el fallo o asegurar su cumplimiento.

Reparar el daño causado o en curso de causarse.

Restarle efectos a un acto inconstitucional o legal.

Mantener un de terminado Status Quo.

- ❖ La doctrina las ha dividido en Personales – Patrimoniales – sobre Actos (según si recaen en la persona misma, en un acto jurídico o en un patrimonio); Nominadas – Innominadas; Conservativas o innovativas

- ❖ El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, parte del cual es el derecho a la ejecución tempestiva del fallo y, por consiguiente, a la preparación de esa ejecución, implica contar con un sólido régimen de medidas cautelares. Podríamos hablar aquí de un derecho fundamental que puede ampararse incluso a través de la Acción de Tutela.

- ❖ En los casos que se exige pagar una contracautela o caución, por regla general será el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimada en la demanda para responder por eventuales perjuicios con la práctica de la cautela (Num. 2 Art. 590 CGP). Pudiendo el Juez, después de estar fijado, aumentar o disminuir el monto de la caución. Esa caución puede ser dineraria, real, documental, bancaria o de compañía de seguros.

En proceso que versan sobre derechos reales o sobre universalidades de bienes no puede levantarse la cautela pagando una contracautela, como si puede hacerse en procesos de responsabilidad civil, en donde se puede cancelar la cautela si el demandado presta caución por el valor de las pretensiones.

En procesos ejecutivos no es necesario que el ejecutante preste caución para que el juez ordene las cautelas. Si el ejecutado propone excepciones de mérito tiene derecho a exigir que el ejecutante preste caución, en cuyo caso el juez la podrá ordenar hasta por el 10% del valor actual de la ejecución.

Las cautelas pueden levantarse o no practicarse si el ejecutado presta caución por el valor actual de la ejecución (crédito liquidado y costas) aumentada en 50% (Art. 602 CGP).

También el ejecutado puede solicitar la sustitución de las cautelas (excepto en el embargo fundamentado en garantías reales), para lo cual deberá presentar una relación de bienes e ingresos, para que el juez, previo traslado al ejecutante, determine cuales afecta.

❖ Toda cautela se levanta a solicitud de quien pidió la medida, a la terminación anormal del proceso, y a la sentencia que desestima las pretensiones. Además, en procesos declarativos, si no se formula la solicitud de ejecución de la condena impuesta dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, caducan las cautelas.

❖ El derecho de persecución tiene como límite los bienes no embargables (Art. 1677 C.C. y Art. 594 CGP).

- Bienes sobre los cuales existe interés general y publico
- Necesarios para garantizar a una vida digna (los salarios y prestaciones solo son embargables en una quinta parte de lo que exceda el salario mínimo; excepto para alimentos o por cooperativas, en cuyos eventos es embargable hasta el 50% del salario mínimo. (Arts. 154 a 156 y 344-2 CST). Tampoco es embargable el combustible y alimentos para sobrevivir durante un mes; ni los utensilios de cocina, nevera y muebles básicos; ni los derechos de habitación y uso.
- Los bienes concernientes al buen nombre y ciertas profesiones (como condecoraciones).
- Los que guardan relación con la protección de la libertad de cultos. Por ejemplo cementerios o iglesias; siempre que hayan suscrito un convenio de derecho público interno con el Estado Colombiano (Ley 133 de 1994).
- Los bienes estrechamente vinculados con el derecho al trabajo.
- Los bienes destinados al ahorro, por ejemplo, los depósitos que con ese propósito sean constituidos en entidades financieras.
- Los bienes que posibilitan la dimensión tecnológica (computador personal, televisor, radio, celular...).

Algunos Fundamentos de Derecho:

Constitucional. Uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (Art. 2), lo que traduce un compromiso real y cierto con la tutela jurisdiccional efectiva que va parejo con el reconocimiento que tiene todas las personas a un debido proceso (Art. 29), para lograr, precisamente, la materialización de los derechos sustanciales que han sido conculcados.

No en vano la ley 270/96, estatutaria de la administración de justicia, puntualiza en el Art. 1 que *“la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”*.

Las medidas cautelares tiene estrecha relación con los derechos y las garantías fundamentales, lo mismo que con los fines esenciales del Estado, uno de ellos *“garantizar la efectividad de los... derechos... consagrados en la constitución”*.

Legal. Art. 2488 C.C. *“toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...”*

Título I del Libro Cuarto de la Ley 1564 de 2012 relativo a las Medidas Cautelares; y el Título II relativo a las Cauciones.

Art. 589 CGP - Cautelas en prácticas de pruebas extraprocesales.

Art. 590 CGP - Cautelas en procesos declarativos

Art. 598 CGP - Cautelas en procesos de familia

Art. 599 CGP - Cautelas en procesos ejecutivos

Arts. 591 a 597 y 600 a 602 CGP - Cautelas nominadas

En procesos ejecutivos. El fundamento sustantivo de las medidas cautelares que pueden solicitarse, es el derecho de persecución que se materializa sobre el patrimonio del deudor, el cual, como se sabe, es prenda común y general de los acreedores (Art 2488 C.C.). si un acreedor puede embargar o secuestrar bienes del deudor, es porque tiene derecho de persecución y no porque tenga título ejecutivo; el título, como prueba que es, respalda el ejercicio de su derecho (no se puede confundir el derecho con la prueba).

Principio (fundamentos u objetivos) de las Medidas Cautelares.

Legalidad. No existe medida cautelar sin una ley previa que la autorice. Aunque el legislador reglamente diferentes cautelas, el Juez solo puede ordenar en un juicio las que sean permitidas en él.
No supone la taxatividad de las medidas

Apariencia del buen derecho. *Fomus Boni Iuris*. Plausibilidad del derecho objeto de la pretensión. Se deducirá de las pruebas aportadas con la demanda. No supone que el derecho sustantivo sea cierto, sino que es creíble o aparente; por eso la medida se adopta bajo la responsabilidad del solicitante, al cual por regla general se le pide prestar caución.
Excepción: En algunos procesos las medidas cautelares son obligatorias, sin reparar en fachada del buen derecho. Verbigracia, en los procesos de pertenencia es obligatorio Inscribir la Demanda (Arts. 375 num. 6 y 592 CGP). En los procesos de divorcio, si algún cónyuge lo pide, el Juez debe embargar y secuestrar los gananciales en cabeza del otro cónyuge (Art. 598, num. 1 CGP).

Peligro de mora Judicial. *Periculum in Mora*. En aplicación de este principio es que el Juez puede decretar medidas cautelares desde el auto admisorio o mandamiento de pago (Art. 590, Num. 1, Lit. C, CGP).
El peligro de mora es diferente al peligro de daño (*Periculum in Damni*) que antes le sirve de fundamento complementario a las cautelas de tipo personal.

Sospecha del deudor. *Suspectio Debitoris*. Es el recelo que hacia el demandado debe tener el juzgador acerca del cumplimiento de la decisión judicial. Esto no impide que el juez fije contracautelas o cauciones al solicitante de las medidas.

MEDIDAS CAUTELARES MÁS SOLICITADAS EN COLOMBIA	
CAUTELA	ASPECTOS RELEVANTES
Inscripción de la Demanda	Solo procede respecto de bienes sujetos a registro. A través de la inscripción se le da publicidad y oponibilidad a terceros (Art. 2 Ley 1579 de 2012). Además, solo procede en procesos donde las pretensiones tengan relación con un derecho real o una universalidad jurídica, o en procesos de responsabilidad civil. Por eso, por ejemplo, si se pide la resolución de un contrato de compraventa de inmueble, procederá la inscripción sobre ese bien; si el demandado también pide indemnización de perjuicios, se podrá pedir la inscripción de la demanda sobre los demás bienes del demandado. No pone el bien fuera del comercio (Inc. 2 del Art. 591 CGP). Quien celebre un negocio respecto del bien sobre el cual recae la inscripción, será considerado causahabiente y, por tanto, la sentencia extenderá sus efectos a ellos (Inc. 2 Art. 591; In. 2 Art. 303 CGP). Eso si, el tercero adquirente tiene legitimación para intervenir en el proceso como litisconsorte cuasinecesario, porque es titular de una relación sustancial a la cual podrían extenderse los efectos de la sentencia (Art. 62 CGP); ese tercero podría reemplazar a la parte si la contraparte lo acepta, tal como se exige en materia de sucesión procesal (Inc. 3 Art. 68 CGP). Si la sentencia es favorable al demandante se ordenará la cancelación de las anotaciones posteriores a la inscripción de la demanda (transferencias de propiedad, gravámenes, limitaciones al dominio, embargos, etc.); es como si no se hubiese hecho nada (Inc. 4 Art. 591 CGP). Puede coexistir con otras cautelas como inscripciones de demanda, embargos y secuestros decretados y consumados en otros procesos. Es necesario prestar caución para que sea decretada; excepto en los eventos que la inscripción es obligatoria (pertenencias, deslinde y amojonamientos, servidumbres, expropiaciones y divisorios Art. 592 CGP). Puede recaer sobre universalidades de bienes como establecimientos de comercio, patrimonios autónomos y fiducias mercantiles (si la universalidad es de hecho, como un simple negocio, procede es el secuestro). No está sometida a la Apariencia del Buen Derecho; basta con que se solicite y se pague la caución; si el juez encuentra débil la pretensión puede es incrementar la caución. Finalmente 3 ejemplo: 1. Pedro es poseedor y demanda a Juan en proceso de pertenencia, demanda que se inscribe. Después de la inscripción, Juan le vende a María, y María le vende a Laura; después de eso, Laura constituye hipoteca. El acreedor de Laura la demanda en proceso ejecutivo, embarga el bien y luego es rematado; en remate le es adjudicado a Camilo. Después de eso, Pedro ganó el proceso de pertenencia.... Todas las inscripciones realizadas con posterioridad a la inscripción de la demanda inicial deben cancelarse; incluso la adjudicación en remate. 2. Hugo (vendedor) demanda a Paco (comprador) para que, en virtud de una condición resolutoria tacita, se resuelva el contrato de compraventa; Hugo inscribe la demanda, pero antes de que él la inscriba y sin conocer el proceso, Paco había constituido hipoteca en favor de Luis. Luis demanda a Paco en proceso ejecutivo hipotecario mientras Hugo adelanta su proceso, Luis embarga el bien, lo secuestran, avalúan y rematan, se lo adjudican a Donald. Luego de eso, prospera la demanda de Hugo; pues no se cancela la adjudicación a Donald, toda vez que la hipoteca es anterior a la inscripción que le dio origen.
Secuestro	El secuestro recae sobre todo tipo de bienes (en procesos declarativos solo procede frente a bienes no sujetos a registro, para los que sí lo están se solicita es la inscripción de la demanda). Tiene los mismos postulados de la inscripción de la demanda; través de la entrega de los muebles al secuestre se le da publicidad al proceso frente a terceros. La designación del secuestre es uninominal, en el Auto el juez solo nombra un secuestre (tratándose de evitar la manipulación de nombramientos). Si se va a secuestrar un automotor y el acreedor lo solicita, se le entregará a éste en depósito gratuito (es que si un bien fue objeto de cautelas son para que sirva como fuente de pago de la obligación y no de los gastos del secuestro). En todo caso, las partes pueden acordar dejar el bien al demandado en calidad de secuestro; igual podrían en cualquier momento, de común acuerdo, designar o reemplazar a un secuestre. Si se secuestra un establecimiento de comercio o una empresa, el administrador continuará en sus funciones en calidad de secuestre, aunque el interesado puede solicitar que se nombre un auxiliar de la justicia. Para que proceda es indispensable que se haya dictado sentencia favorable al demandante en primera instancia (Inc. 2, Lit. a, Art. 590 CGP).

	Si el inmueble está destinado exclusivamente a la vivienda del demandado, el juez “ <i>se lo dejará en calidad de secuestre</i> ”, a menos que el interesado solicite que se le entregue a un secuestre (Num. 3, Art. 595 CGP). Si se admite una oposición por parte de un tenedor o poseedor y el interesado insiste en la cautela, el opositor quedará con el bien en calidad de secuestre; interesado y opositor tendrán 5 días para solicitar y allegar pruebas relacionadas con la oposición, tras lo cual el juez convocará a una audiencia para decidir sobre la oposición,
Embargo	Saca los bienes del comercio, al punto de que habrá objeto ilícito en su enajenación al menos que el juez o el acreedor lo autorice (Num. 3 del Art. 1521 C.C.). Procede en procesos ejecutivos. También en procesos de responsabilidad civil, obteniendo sentencia favorable de primera instancia (pues la sentencia condenatoria refuerza la apariencia del buen derecho); el juez podrá ordenar estas medidas sobre los bienes afectados con inscripción de la demanda y de los que se denuncien como propiedad del demandado. Para bienes sujetos a registro requiere de inscripción; para los que no lo son, el embargo es auxiliar al secuestro (ambas cautelas, sin confundirse, se materializan en un solo acto). ¿Qué se embarga en la posesión? (Art. 593, Num. 3 CGP). Rta: los derechos patrimoniales, concretados en las mejoras y el derecho a usucapir. ¿Qué se necesita para embargar créditos? Rta: notificar al deudor, quien deberá pagar a órdenes del juzgado. La notificación al deudor interrumpe el termino de prescripción y se constituye como reclamación de pago (constitución en mora); si el deudor no paga, el juez nombra un secuestre para que inicie un proceso ejecutivo.
Otras cautelas, algunas nominadas	
<u>Alimentos provisionales</u> Arts. 386, num 5; 397 y 598 CGP En el caso de alimentos, si el demandado llega a ser absuelto, como los alimentos ya se habían pagado, el juez, en la misma sentencia, debe ordenar la restitución por parte del demandante. Sin perjuicio de poder solicitarse la indemnización de perjuicios. (Lo único que el juez debe tener en cuenta para fijar los alientos es la capacidad del alimentante, que recibe prueba sumaria; solo cuando la cuota sea superior a un salario mínimo se requerirá aportar prueba de la necesidad del alimentado. Art. 397cgp)	
Autorización para dejar al menor al cuidado de uno de los cónyuges o de un tercero	
Caución	
Cesación inmediata de cierta actividad (como actos mercantiles)	
Comiso de bienes	
<u>Embargo de sumas de dinero</u> (dividendos, utilidades o intereses), salarios, depósitos en establecimientos bancarios. Ya está embargos pero lo pongo acá porque muchos no tienen en cuenta el embargo de utilidades y dividendos.	
Guarda y aposición de sellos. Esta cautela se levanta si dentro de los siguientes 10 días no se promueve proceso de sucesión, a menos que se haya solicitado el secuestro.	
Interdicción provisoria o inhabilitación provisional del discapacitado	
Obligaciones de no hacer	
Ordenar que se recaude un medio de prueba. Art. 32 Ley 1563 de 2012	
Ordenar que los cónyuges no se acerquen a determinada distancia de la residencia del otro y del lugar de trabajo.	
Pago provisorio	
Prohibición de hacer propaganda	
<u>Prohibir la salida del país</u> . En materia de alimentos, el juez da aviso a las autoridades de inmigración; a menos que el demandan dado preste caución para cumplir con la obligación por dos años.	
Separación provisional de los Cónyuges (se fijan las residencias separadas)	
Suspensión de Contrato	
Suspensión provisional de alimentos Art. 386, num 5, CGP	
Suspensión provisional de servidor público (en procesos administrativos, no jurisdiccionales).	
Suspensión provisional de los efectos de acto (a) (administrativo, de asambleas, juntas directivas o de socios...) Art. 382 CGP y Art. 238 CN	
Suspensión provisional de los efectos de	
Suspensión Provisional de la Decisión Societaria Impugnada	
Suspensión provisional de obra	
En procesos declarativos. <u>“Cualquier otra medida que el juez considere razonable”</u> . Literal c, numeral 1, Art. 590 CGP La razonabilidad están determinados por los fines de las medidas cautelares; objetivos que le legislador recordó con carácter enunciativo: 1. Necesidad de proteger el derecho objeto del litigio (Ej. <u>Ordenar la entrega de una prótesis</u> por parte del demandado, para garantizar la adaptabilidad y evitar mayores daños en la vida de relación) 2. Impedir la Infracción del derecho (Ej. <u>Autorizar que el demandante se abstenga de hacer un pago</u>). 3. Evitar las consecuencias derivadas de la infracción del derecho (Ej. <u>Que el constructor demandado asuma los costos de arrendamiento</u> de un bien donde serán reubicados temporalmente los demandantes). 4. Prevenir daños (Ej. <u>Secuestrar una máquina</u> para evitar que se deteriore). 5. Hacer cesar los daños que ya se hubieran causado (Ej. <u>Retiro inmediato de implantes</u> mamarios). 6. Asegurar la efectividad de la sentencia (Ej. Embargar unos bienes). Para decretar una medida cautelar de este tipo es necesario lo siguiente: a. Debe ser solicitada por el demandante (salvo en procesos de familia Art. 598, Num. 5, Lit. F, CGP). b. Debe ser razonable (en función de sus fines, como ya se dijo). c. Se debe apreciar la legitimación y el interés de ambas partes. d. Se debe analizar la existencia de amenazas o la vulneración del derecho. e. Debe existir la apariencia del buen derecho, para lo cual el juez necesariamente se remite a las pruebas, las que permiten establecer el <i>Fomus Boni Iuris</i> . f. Debe ser necesaria, efectiva y proporcional. El juez debe evaluar si es imprescindible la cautela para proteger el derecho en litigio, impedir su infracción, prevenir daños, asegurar la efectividad de la pretensión, etcétera.	