

COMUNICACION XVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

TEMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CAUCIONES

Dr.: HECTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS

Por cuanto el Congreso Colombiano de Derecho Procesal a realizarse en la ciudad de Cali, entre los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1995, se ocupará del estudio del tema denominado: **MEDIDAS CAUTELARES Y CAUCIONES**, he considerado pertinente enviar a ustedes esta comunicación para expresar las siguientes consideraciones:

1. Como bien es sabido por ustedes, desde hace 13 años he venido trabajando en la investigación sobre el tema de **las cautelas**. Tal investigación se inició con el doctorado que cursé en la Universidad Complutense de Madrid (España) en donde presenté como tesis doctoral la investigación sobre: **LOS PROCESOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA**, la cual mereció la calificación de **SOBRESALIENTE CUM LAUDE**.

Dicha tesis fue publicada en primera edición en 1985 y en segunda en 1991. He estado vinculado por varios años a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en donde he regentado la cátedra sobre Cautelas a nivel de Post-Grado; he dictado varios talleres en distintos Distritos Judiciales patrocinados por la escuela judicial y varias conferencias en distintas tribunas académicas.

Todo lo anterior, para mostrar que no estamos recién llegados al tema, sino que por el contrario, tenemos una experiencia acumulada que nos permite hacer planteamientos meditados.

2. Permítaseme entonces, relacionar algunas de las mayores dificultades que ha presentado la regulación de las cautelas en nuestro medio, dificultades que han sido puestas de manifiesto por la doctrina, la jurisprudencia y los debates en los congresos colombianos de derecho procesal, en donde se ha tocado el tema Cautelar en varias oportunidades:

a) Se considera un avance del Código de Procedimiento Civil el haber asignado un libro especial para regular la Cautela. Se trata del Libro Cuarto, a partir del Título XXXIV, artículo 678.

b) El título del libro no corresponde íntegramente a su contenido, esto es: sólo se regulan parcialmente las cauciones, el embargo y secuestro de bienes y el registro de la demanda. Lo cual conduce a decir que el resto de cautelas está regulada en otras partes de código, o en otros códigos, estatutos o leyes.

c) Lo anterior conduce a una falta de coordinación en las normas que da lugar a distintas interpretaciones para casos similares. Y a veces se repiten las normas pero no con el mismo lenguaje, lo que da lugar a confusiones.

d) En varios Congresos y eventos académicos se ha recomendado no dispersar las normas cautelares por todo el código, y mucho menos al hilo de cada proceso; lo anterior no ha sido mas que eso, una recomendación que nuestro código no ha acogido.

e) No se regula con propiedad la cautela personal, se mencionan algunas pero no se les da el tratamiento legislativo adecuado.

f) El embargo y secuestro está regulado en dos articulados distintos (artículo 513 y 681). Es mejor tratarlos en una sola norma, y quitamos la idea de que estas cautelas son propiedad exclusiva del proceso ejecutivo.

g) Respecto de los bienes inembargables, no es posible hacer un catálogo de ellos, ya que son muchas las leyes que han legislado sobre el tema.

h) Actualmente y a pesar de la reforma introducida al C.P.C., por el Decreto 2282 de 1989, no existe una normativa general que establezca unos principios que deban ser tenidos en cuenta cuando las partes pidan cautelas y los jueces las decreten. Solamente el marco general le permite al intérprete hacer aplicaciones ajustadas a la ley.

i) La Regulación de perjuicios para los casos en que la cautela resulte fallida es inapropiada e incompleta, pues de un lado se consagra condena en perjuicios para cierta clase de procesos mientras que para otros, estando ante la misma circunstancia y la misma cautela no se autorizó dicha condena. De otro lado, para algunos casos de levantamiento de cautelas el código guardó silencio frente a los perjuicios, avocando a los litigantes a instaurar proceso ordinario y separado para reclamarlos.

j) Con las últimas legislaciones en materia penal ha aumentado la incertidumbre, ya que el juez no dispone de los principios que le permitan acertar en su decisión, tal es el caso que se presenta con las cautelas frente a las medidas a tomar en los procesos penales por enriquecimiento ilícito.

k) Asimismo, encontramos que muchas reformas son elaboradas coyunturalmente, y por personas recién llegadas al tema que pretenden acabar con las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales agregando una palabra, un párrafo, un inciso, un numeral o un artículo a la legislación, sin medir realmente si el agregado da claridad a la norma o por el contrario, si ha creado mayor confusión.

Todos estos argumentos generales son los que me han motivado para atreverme a insinuar la elaboración de un estatuto Cautelar que recoja toda la cautela y enmiende los errores anteriormente cometidos. Una de las misiones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal es la de participar activamente en las reformas a los códigos procesales, impulsándolas, patrocinándolas y dándoles el mayor debate posible en sus foros naturales, como son las Universidades, los congresos, seminarios, etc., para así llegar a una legislación estudiada y meditada, y para que no coja de sorpresa a jueces y abogados, a quienes en muchos casos ni siquiera les llega la noticia de una reforma cuando ya está en vigencia la legislación.

Como se trata de dar aportes, me permito presentar ante el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, ante el selecto auditorio que participa del XVI Congreso Colombiano un borrador de anteproyecto de estatuto cautelar, con la intención de motivar su reforma y que el mayor número de estudiosos participe en su elaboración y aporte sus ideas.

Una vez estudiado éste, y estando de acuerdo con las bases, empezar la redacción del articulado, a fin de presentarlo al próximo Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Luego entregarlo al gobierno para que sea sometido al trámite legislativo y así disponer de un estatuto Cautelar más armonioso y de más fácil manejo.

Así las cosas, a continuación presento el texto de bases que sugerimos. Al final del mismo encontrarán los argumentos teóricos que lo justifican:

LIBRO CUARTO DE LAS CAUTELAS

Título XXXIV. GENERALIDADES

Artículo 678. En todo proceso se podrán decretar y practicar cautelas.

Las cautelas serán decretadas a petición de parte, por el Juez del conocimiento, quien sólo podrá comisionar para la práctica de éstas. Los árbitros y las Autoridades Administrativas expresamente autorizadas por la ley podrán decretar cautelas, pero su práctica estará a cargo de los jueces o las autoridades de policía.

Cualquier cautela, sin excepción, deberá estar encaminada al cumplimiento de la futura sentencia o a proteger contingencias sobre las cuales ésta debe resolver, o para asegurar el laudo arbitral, según el caso.

El Juez las limitará en su cuantía a lo suficiente, y rechazará las que no tengan relación con el cumplimiento de la sentencia. En todo caso el Juez no permitirá que de ellas se abuse.

El Juez solamente podrá decretar y practicar cautelas autorizadas por este código. Sin embargo podrá decretar otras diferentes cuando las consagradas para el proceso no sean suficientes para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Cuando un proceso no tenga cautelas específicamente asignadas se podrán decretar y practicar las aquí consagradas para casos similares y en caso de no existir una adecuada podrá ordenarse por el juez las que considere necesarias siempre y cuando cumplan con la finalidad arriba establecida.

Cualquier cautela se podrá ordenar por el Juez desde el auto admisorio de la demanda o desde el mandamiento de pago y hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, salvo en los casos expresamente autorizados en la ley.

El juez resolverá la solicitud de cautelas a más tardar al día siguiente, a aquel en que el interesado ponga a disposición del Juez del conocimiento la caución exigida.

Sin excepción, no podrá decretarse ninguna cautela sin que previamente se haya prestado caución que garantice el pago de los perjuicios que se pudieren ocasionar, salvo en los casos en que el proceso se inicie de oficio.

Solamente podrán soportar cautelas los bienes de la parte demandada en el proceso.

Toda cautela se solicitará en escrito separado y con la actuación que genere se formará el cuaderno cautelar.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o del mandamiento de pago al ejecutado se considerarán notificadas las providencias cautelares dictadas y ejecutadas.

Si las cautelas no han sido consumadas en su totalidad el demandado o ejecutado podrá notificarse, pero el secretario se abstendrá de mostrar el cuaderno cautelar. En tal evento, una vez consumadas, se notificará por estado dichas providencias cautelares a fin de que se pueda ejercer el derecho de contradicción.

La parte demandada podrá ejercer el derecho de contradicción contra las providencias cautelares solo a través de los recursos ordinarios establecidos, y ante el Juez del conocimiento. Los terceros formularán oposición.

El Coadyuvante, el denunciado en el pleito, el llamado en garantía, del demandante y el interviniente ad excludendum podrán solicitar cautelas cumpliendo con los preceptos antes regulados y con sujeción a las normas relativas a su intervención en el proceso.

Las cautelas en general se levantarán por las siguientes causas:

1. Por sentencia absolutoria. En caso de litis consorcio voluntario pasivo, si la sentencia es condenatoria para uno o varios se mantendrán las cautelas que afecten a éstos.
2. Por sentencia inhibitoria.
3. Cuando se declara probada una excepción previa que impida continuar con el proceso.
4. Cuando se declare probada una excepción de fondo que impida seguir adelante con la ejecución.
5. Por desistimiento total del proceso. Cuando el desistimiento sea parcial las cautelas se adecuarán a la nueva situación presentada.
6. Por desistimiento de las Cautelas.
7. Por perención del proceso.
8. Por transacción, cuando las partes de común acuerdo lo soliciten. En caso contrario éstas se mantendrán para asegurar el cumplimiento de la transacción.
9. Por ser la cautela excesiva, en tal caso se reducirá; o por no guardar relación con la futura sentencia o las contingencias que ésta deba resolver o con el laudo arbitral a dictar.
10. Por nulidad del proceso siempre y cuando ésta cubija el auto admisorio de la demanda o el mandamiento de pago.
11. Por pérdida del expediente siempre y cuando hayan pasado cinco años de la última actuación sin que el demandante haya presentado solicitud para su reconstrucción.
12. Cuando haya pasado un año desde su práctica y no haya notificado al demandado o a su curador ad litem el auto admisorio de la demanda o el mandamiento de pago.
13. Si se produce una reforma de la demanda en el sentido de excluir las personas que soportan las cautelas, el auto que la admite las levantará.

Si existiere duda sobre la propiedad de los bienes, el demandado excluido podrá formular oposición de tercero. Si se produce reforma de la demanda en el sentido de excluir pretensiones, las cautelas se adecuarán a la nueva situación presentada.

14. Por revocatoria del auto admisorio de la demanda, del mandamiento de pago o del auto que declara la quiebra.

15. Cuando los bienes o personas no son susceptibles de cautelas.

16. Por las causas establecidas para cada cautela en particular.

Ejecutoriada la providencia que levanta las cautelas, ésta deja de producir efectos, así no se hayan llevado los oficios a las oficinas de Registro o no se haya comunicado a los auxiliares de justicia.

Siempre que se levanten las cautelas por las anteriores causas el juez condenará en perjuicios a quien las solicitó y para tal efecto hará efectiva la caución prestada. Se exceptúa de la condena en perjuicios el levantamiento de cautelas por la causal octava, décima primera, o cuando las cautelas hayan sido ordenadas de oficio.

TITULO XXXV. DE LAS CAUTELAS PERSONALES

Artículo La interdicción provisoria. Requisitos. (Procesos en que se autoriza esta cautela, que no son otros que en las interdicciones del demente, del sordomudo que no puede darse a entender por escrito y la del disipador o dilapidador).

Artículo Procedimiento. (Se requiere de la regulación del procedimiento a seguir con la cautela. Nótese que las tres interdicciones tienen procedimientos distintos: la del demente y la del sordomudo que no puede darse a entender por escrito siguen el procedimiento de jurisdicción voluntaria, y la del disipador o dilapidador sigue el procedimiento verbal, en razón de ser contencioso. De otro lado, hay que tener presente que el proceso de interdicción del demente furioso, puede iniciarse de oficio y sería un caso autorizar que la cautela se decrete de oficio).

Artículo Efectos. (Para esta cautela sugerimos una regulación muy precisa sobre los efectos que ésta produce. Nótese que para estos casos se invierte la presunción de capacidad: "Todas las personas son capaces salvo aquellas que la ley declara incapaces", por tanto se debe establecer, repetimos, con precisión, desde qué momento entra a surtir efectos la cautela. Asimismo, es de anotarse, que la cautela iría a producir efectos indirectos que no serían de debate en el proceso de interdicción, como por ejemplo afectar de nulidad los

actos jurídicos del interdicto provisorio. De otro lado, se hace necesario establecer con la norma si la cautela tendría la fortaleza de viciar de nulidad los actos jurídicos celebrados por el interdicto provisorio durante la vigencia de la cautela, cuando con posterioridad la sentencia definitiva negare la interdicción).

Parágrafo. (Se destinará un parágrafo para dar Regulación de otras medidas sobre interdictos provisionales por demencia que menciona el artículo 554 del C.C.).

Artículo Suspensión de obra nueva, destrucción de obra ruinosa o derribo de árbol mal arraigado o cosa semejante. Requisitos. (Primero que todo parecerá extraño para algunos que se ubique esta cautela en el articulado para la cautela personal, pero si estudiamos un poco las medidas a tomar vemos que ellas recaen sobre la voluntad del demandado, ya que en la mayoría de los casos consiste en conminaciones para que se ejecute una conducta o se abstenga de realizar ciertos hechos).

Para los anteriores supuestos es necesario darle unos lineamientos al juez para contrarrestar la situación anómala presentada. Asimismo, son muchos los procesos posesorios y posesorios especiales que regula el Código Civil, lo cual puede rayar en la casuística y serían los casos para autorizar la cautela genérica, la cual escogería el juez según las circunstancias).

Artículo Procedimiento. (El procedimiento para esta cautela debe ser incidental, toda vez que la cautela puede convertirse en la ejecución de un hecho que posteriormente no se podría reconstruir).

De otro lado, se debe dar herramientas al juez para hacer cumplir la cautela, y poder sancionar a quien no la cumpla o ejecute actos para eludirla. Solamente de esta forma podemos pensar en una eficacia de la decisión cautelar).

Artículo Efectos. (Se regulará lo relativo a los efectos que la cautela produciría y lo relativo a los perjuicios cuando la sentencia no sea favorable al demandante. Asimismo, lo relativo a los reembolsos a que diere lugar por la ejecución de las cautelas por el demandante o por terceros).

Artículo El arraigo judicial. Requisitos. (En esta norma se ubicarán los requisitos y procesos en los que se autorizaría esta cautela.) Especial estudio tendrá el tema sobre constitucionalidad o no del arraigo. Existen voces que plantean la inconstitucionalidad a la luz de la Constitución de 1991. Asimismo es importante advertir que el proyecto de reforma al Código de Comercio elimina esta figura para el procedimiento concursal liquidatorio).

Artículo Procedimiento. (Esta norma estará destinada a establecer las distintas formas de hacerla efectiva. Por ejemplo, si el Juez debe comunicar el

arraigo a las autoridades de emigración para impedir que el arraigado salga del país. Nótese que, por ejemplo, fraudulenta. También se dará regulación al levantamiento de la cautela cuando opere la rehabilitación del quebrado).

Artículo Efectos.

Artículo Suspensión provisional de actos de asambleas y juntas de socios. Requisitos. (Se establecerán los procesos en que sea posible la Cautela).

Artículo Procedimiento. (Se establecerá la forma de consumación, y a quiénes se les comunicará la medida).

Artículo Efectos. (Se deberán regular los alcances de la cautela y lo relativo a los perjuicios que se causen con la suspensión para el evento en que la Cautela resulte fallida).

Artículo Separación provisoria de cónyuges. Requisitos. (Se establecerán los procesos en que sea posible, tales como la nulidad, el divorcio y la separación de cuerpos contenciosa).

Asimismo, la cautela deberá tener un tratamiento distinto cuando lo solicita el marido, que cuando lo solicita la mujer, máximo cuando existen hijos menores de edad.

Artículo Procedimiento. (Se deberá reglamentar lo relativo a la notificación personal de la cautela, sobre todo cuando el marido deba soportar la cautela y retirarse del hogar conyugal. Debe reglamentarse lo relativo a las comunicaciones que deberá enviar el Juez a las autoridades de policía para que impidan el ingreso del cautelado al hogar conyugal, y presten la protección personal a la mujer cuando sea del caso, etc. Para los casos de levantamiento de la cautela podrá autorizarse cuando se den las circunstancias de terminación anormal de esta clase de procesos, tales como el perdón, y la reconciliación de los cónyuges).

Artículo Efectos. (Es necesario hacer una referencia a los efectos que la cautela produce. Recordemos que si la demanda está encaminada a anular o suspender la vida común entre cónyuges, la cautela estará suspendiendo provisionalmente algunos de los efectos del matrimonio. Y desde luego, daría lugar a invertir ciertas presunciones que surgen del matrimonio, tales como: La presunción de paternidad).

Artículo Cuidado y protección del cónyuge menor.

Artículo Cuidado y protección de los hijos.

Artículo Reglamentación de visitas.

Artículo Medidas para establecer el estado de embarazo.

Artículo Cautelas personales para proteger la propiedad intelectual.

Artículo Cautelas personales para proteger la propiedad industrial.

TITULO XXXVI. DE LAS CAUTELAS PATRIMONIALES.

Artículo El embargo y secuestro. Requisitos. (Se establecerá en qué procesos son procedentes los embargos y secuestros; qué exigencias mínimas deberán existir para decretarse; sobre qué bienes o derechos puede recaer la medida).

Artículo Procedimiento. (Se reglamentará lo relativo a la dinámica de la Cautela y las distintas formas de consumación, teniendo en cuenta las distintas formas de bienes o derechos a embargar; las reglas que se deben tener en cuenta para el secuestro de bienes; la actuación y responsabilidad de los secuestros, etc.; el levantamiento de cautelas que se utilizaría exclusivamente para éstas; la prelación en las oficinas de Registro para tramitar el oficio de embargo, es decir, no someterlo al turno otorgado, a fin de impedir la transferencia de bienes en forma dolosa).

Artículo Efectos. (Se hace necesaria una reglamentación precisa sobre los efectos que el embargo y secuestro deben producir, a fin de evitar que las partes eludan los efectos de la cautela y establecer con precisión los efectos del secuestro, como por ejemplo si el secuestro simple, esto es, sin que previamente se embargue un bien, lo saca o no del comercio).

Artículo Registro de la demanda. Requisitos. (Se pretende mejorar la redacción respecto de las pretensiones invocadas que permite esta clase de medida; procesos en que es procedente; requisitos mínimos para poderla decretar; en qué procesos se deberá obligatoriamente registrar la demanda, así no lo solicite el demandante).

Artículo Procedimiento. (Se reglamentará lo relativo al trámite de la Cautela).

Artículo Efectos. Establecer con precisión los alcances de esta cautela, la posibilidad de secuestro posterior cuando exista sentencia de primer grado favorable al demandante; regular lo relativo a la eficacia del registro de la demanda frente a un embargo; la posibilidades de inscripción, etc.

Artículo Alimentos provisionales. Requisitos. (Se establecerán los requisitos mínimos para decretarlos y los procesos en los que se pueden señalar provisionalmente).

Artículo Procedimiento. (Se reglamentará lo relativo a la forma de consignación y pago a los interesados y su levantamiento cuando sean señalados por el juez de menores).

Artículo Efectos. (Se hará referencia a los efectos de la cautela, sobre todo para los casos de incumplimiento).

Artículo Las cauciones. Requisitos. (Se determinarán sus clases, procesos y actuaciones a cautelar con las cauciones).

Artículo Procedimiento. Forma de constituir las, calificación por el Juez, procedimiento para hacerlas efectivas).

Artículo Efectos. (Se reglamentará lo relativo a los efectos que ésta produce, sobre todo cuando se convierte en requisito de procedibilidad).

Artículo Guarda y aposición de sellos. Requisitos.

Artículo Procedimiento.

Artículo Efectos.

Artículo El comiso de artículos fabricados con violación de la propiedad industrial. Requisitos.

Artículo Procedimiento.

Artículo Efectos.

TITULO XXXVII. DE LA CUANTIA GENERICA

Artículo Requisitos. (Se destinará este artículo para establecer las condiciones mínimas en que se debe encontrar el Juez para autorizar una cautela de esta categoría, y su finalidad).

Artículo Procedimiento. (Se darán reglas generales para la actuación del juez en la ejecución de dichas cautelas).

Artículo Efectos. (Se reglamentará genéricamente los efectos que las cautelas pueden generar desde el punto de vista jurídico material, procesal y económico).

Comentarios al título XXXIV denominado "generalidades".

Se trata ahora de dar las explicaciones teóricas para los principios que deben informar la cautela, y que fueron llevados al título XXXIV.

Artículo 678.

Los postulados que en dicho artículo se plantean son:

1) Inciso primero. Se autoriza que en todo proceso se puedan decretar y practicar cautelas. La razón es conocida por todos: en proceso que no esté asegurado cautelarmente, casi se hace imposible el cumplimiento de la sentencia. Son numerosas las sentencias que han quedado sin cumplimiento por actuaciones dolosas de las partes o porque simplemente han desaparecido las condiciones materiales para tal cumplimiento. De ahí que se justifique la norma.

2) Inciso segundo. La cautela debe ser decretada por el juez del conocimiento, ya que solo el Juez que conoce de la demanda principal tiene la posibilidad de hacer el juicio de verosimilitud que exige la teoría de las cautelas, para poderlas decretar. Es el Juez del conocimiento quien tiene los hechos y las pretensiones ante sus ojos y es él quien puede pensar en la futura sentencia y cuál sería la forma de aseguramiento. Solo se autoriza la comisión para la práctica de éstas, lo cual es lógico.

La doctrina ha partido del principio de la jurisdiccionalidad de la Cautela. Sin embargo se han venido implantando excepciones a este principio: tal es el caso de funcionarios de impuestos que pueden iniciar las ejecuciones coactivas fiscales y decretan tales cautelas. Asimismo a partir del Decreto 2279 de 1989, en su artículo 32, se autoriza a los árbitros para decretar cautelas pero se guarda silencio sobre su práctica o consumación. Consideramos que para la práctica de cautelas se debe comisionar a los jueces o a las autoridades de policía, a fin de no colocar a los miembros del Tribunal de arbitramento a ejecutar labores que no le son propias.

3) El inciso tercero permitirá al Juez asumir posición sobre la necesidad de la cautela, y que ésta sea adecuada a la pretensión y a su futura sentencia o al futuro laudo. Con tal directriz no podrán justificarse errores monumentales como los que hoy se cometen con las cautelas. Asimismo, es el marco que impide el abuso con la ejecución de éstas.

4) El inciso cuarto es un complemento de lo anterior, de tal manera que solo el juez del conocimiento es el que puede observar la pretensión e imaginar la futura sentencia, puede también graduar la cautela tanto en su cuantía como en la categoría de medida a ejecutar. Por ejemplo: en el caso de la interdicción del demente furioso, el juez puede autorizar cautelarmente múltiples medidas para impedir que el demente cause malestar a la comunidad; es decir, le corresponde al juez calcular cuáles medidas son suficientes para contrarrestar el peligro.

5) Los incisos quinto y sexto parten de un supuesto: solamente se podrán decretar y practicar cautelas autorizadas por el Código. Lo que equivale a decir que se mantiene el principio de taxatividad de las mismas, tanto para las clases de cautelas como para el proceso en que se pueden decretar. Este principio no es del todo rígido, sino que permite para casos excepcionales utilizar otras cautelas de las consagradas para otros procesos; aclarando que solo se puede

pasar a esta instancia cuando el juez considere que las que le autorizó el código no le son suficientes para asegurar la sentencia. Asimismo, cuando el proceso demandado no tenga asignadas taxativamente cautelas, el juez debe primeramente revisar si alguna de las consagradas para casos similares puede ser utilizada con la efectividad requerida y si existe, aplicarla siguiendo las exigencias de la ley. Para el evento de que el asunto no tenga cautelas asignadas y no sean suficientes las consagradas para otros asuntos, solamente el juez, y ante esta situación excepcional, podrá pasar a crear la cautela, su procedimiento y sus efectos. Esto es, se implanta la cautela genérica o llamada en otras legislaciones "innominadas" o "indeterminadas" pero como vía excepcional. Esta forma de cautela ha sido aconsejada por la doctrina procesal debido a la singularidad de muchos asuntos que exigen un aseguramiento del posible fallo. Tal es el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, pues darían lugar a muchas eventualidades y legislar sobre todas ellas sería casi imposible. De ahí el porqué de la dificultad de sistematizar la cautela.

Como conclusión a este punto diríamos que la cautela genérica se presentaría como última ratio para asegurar sentencias no pensadas por el legislador, pero con la preocupación de que pudieran quedar sin cumplimiento.

6) El inciso séptimo mantiene el principio general, que consiste en que se hace necesaria la presentación de la demanda y la admisión de la misma para autorizar las cautelas. Sin embargo, el sistema procesal colombiano ha permitido que sin que exista mandamiento de pago se puedan decretar cautelas, tal es el caso de los procesos ejecutivos cuando falte únicamente el reconocimiento del título o la notificación al deudor de la cesión del crédito o la de éste a los herederos de aquél o el requerimiento para constituir en mora. También existen casos en los que se autoriza la práctica de cautelas antes de la presentación de la demanda, pero sometida su vigencia a la ulterior presentación. Tal es el caso de la guarda y aposición de sellos, regulada en artículo 575 del C.P.C. Lo ideal sería que no se pudiera practicar ninguna cautela sin que el proceso principal estuviera demandado.

7) El inciso octavo contiene una regulación más acorde con la praxis en el sentido de dar un término prudencial para acordar la cautela. Ya que el artículo 685 del C.P.C., dio como término para resolver las solicitudes de cautelas, a más tardar al día siguiente del reparto o de la presentación de ellas. El artículo en mención desconoce una serie de diligencias que se deben realizar antes de resolverse sobre las cautelas. Veamos: a) Se requiere que el Reparto ponga a disposición el expediente. b) Se requiere que sea radicado el proceso. c) Se requiere, por lo general, que el Juez estudie la demanda para admitirla o librar mandamiento de pago. d) Se requiere que el Juez señale el monto de la caución. e) Se requiere que el peticionario de las cautelas preste las garantías o cauciones del caso. f) Se requiere que el expediente vuelva al despacho para calificar la caución y, ahora sí, decretarla. Por tanto hemos pensado que ese término prudencial debe ser tomado desde la fecha en que el demandante presta caución.

8) En el inciso noveno se establece como regla general la exigencia de caución para toda cautela a decretar. Lo anterior es la resultante de la necesidad de proteger a las partes o terceros de la ejecución de la cautela, cuando ésta sea abusiva. Asimismo, se reforma el sistema que actualmente tiene el código de no exigir caución cuando ya está notificado el mandamiento de pago o el auto admisorio de la demanda con el criterio que las cautelas se ejecutan con el conocimiento del demandado. La modificación a esta regla se justifica en la medida en que la caución no solo pretende asegurar perjuicios que se le caucen a las partes sino que también a los terceros, los cuales no están en el proceso, y éstas sí se ejecuten sin su conocimiento. De ahí la reforma.

Asimismo, se excluye la exigencia de caución para las cautelas que el juez decreta de oficio en los procesos que el Juez está autorizado para iniciar de oficio.

9) El inciso décimo hace la precisión sobre el sujeto pasivo de las cautelas: lo es el demandado, ya que contra él se irá a cumplir la sentencia. Lo anterior deja sin posibilidad alguna de pensar que otras personas distintas o sus bienes puedan soportarlas. La norma parece obvia, pero es de anotarse que no son pocos los casos en donde se han practicado cautelas sobre bienes de terceros y se ha discutido si hay que mantenerlas o no.

10) En el inciso once se impone la obligación, en todo proceso, de solicitar la cautela por escrito separado para con él formar el cuaderno cautelar. Se trata de darle claridad al expediente, la actuación cautelar merece un orden cronológico y en caso de oposiciones se tramitarán en este cuaderno.

11) Los incisos doce y trece establecen la oportunidad que tienen los demandados para conocer el cuaderno cautelar que no es otra que cuando las cautelas estén consumadas. Si el demandado quiere notificarse del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago lo puede hacer, pero ello no implica que se debe poner a su disposición el cuaderno cautelar, porque no son pocos los casos en que los demandados han utilizado la notificación para enterarse de las cautelas y eludirlas. No podrá alegarse que se está violando el derecho de defensa, ya que el demandado podrá contradecirlas dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le notifiquen las providencias cautelares por estado.

12) El inciso catorce delimita el radio de acción para ejercer el derecho de contradicción: de una parte, los demandados lo ejercerán a través de los recursos establecidos para las providencias judiciales, esto es, solo los demandados podrán discutir la cautela desde el punto de vista de su instrumentalidad; si ella conduce o no a asegurar la futura sentencia; si la cautela fue caucionada o no de acuerdo con lo ordenado por el Juez, etc.. Pero de ninguna manera podrá alegar que se trata de derechos de terceros porque esta discusión le corresponde a ellos. De otra parte, los terceros no podrán entrar a discutir si la cautela estaba autorizada

o no para la clase de proceso en donde fue tomada, su discusión se limita a alegar que se trata de derechos de terceros ajenos al proceso y por ello no pueden soportar cautelas.

13) El inciso quince define la posición de los intervinientes en el proceso frente a las cautelas. Nótese que sobre este punto guardó silencio el Código de Procedimiento Civil.

14) El inciso dieciséis establece la forma genérica de levantamiento de las cautelas. Es decir, cualquier cautela se levantará por cualquiera de estas causas. Muchas de ellas han sido traídas a esta propuesta de reforma porque el vacío de la actual legislación en esta materia es grande. Asimismo, en la última causal se deja la posibilidad de decretar su levantamiento por causas que le son propias a la cautela practicada. Asimismo hacemos notar que en algunos casos se reguló el levantamiento sin que se hiciera precisión respecto de todas las posibilidades que se pudieran presentar. Esto es, se autorizó el levantamiento, por ejemplo, por desistimiento del proceso, pero parece que solo cuando el desistimiento fuera total, dejando vacíos para la interpretación cuando el desistimiento sea parcial. Todas estas posibilidades de ocurrencia han sido cubiertas en las formas de levantamiento.

15) El inciso diecisiete da cubrimiento a una incertidumbre sobre la fecha en que las cautelas dejan de producir sus efectos, y no es otra que la ejecutoria de la providencia que la cancela, ya que es necesario entrar al comercio lo más pronto posible los bienes embargados.

16) El inciso dieciocho otorga condena en perjuicios a quien solicitó la medida en todos los casos en que la cautela ha resultado fallida. Como lo hemos hecho notar en otros trabajos, la regulación de perjuicios ha sido incompleta e inapropiada, y se dejaron muchos casos sin dicha condena en perjuicios, obligando a las partes a acudir a proceso ordinario para que allí sean reconocidos, con desgaste de jurisdicción, costos procesales, etc.

Señores Ponentes y Congressistas: Todas las argumentaciones en favor o en contra de la anterior propuesta, son bienvenidas.

Agradezco su atención.

HECTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS

Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.