

Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos*

Injunction innominate and non-application by the municipal civil judges, civil of the circuits and administratives of orality in Medellín in the declarative processes

Recibido: 5 de marzo del 2013 - Revisado: 10 de mayo del 2013 - Aceptado: 4 de junio del 2013.

Camilo Andrés Garzón Correa**
Martha Nelly García Zapata***

Resumen

Las medidas cautelares innominadas, son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, pues amplían el criterio para poder lograr una sentencia judicial efectiva. El artículo realiza una aproximación respecto al contenido, alcance, antecedentes y justificación de las medidas cautelares innominadas, revisando su historia en el Derecho Colombiano, cómo han sido interpretadas por los operadores judiciales y una breve reseña del desarrollo de éstas en Venezuela.

Palabras clave

Medidas innominadas; decreto de oficio; cautelas; procesos declarativos; debido proceso

Abstract

The unnamed protective measures, are a kind of precautionary measures enshrined in the Colombian legal system, although some proper scope of its peculiarities, therefore broaden the criterion in order to achieve an effective sentence. The article is an approach to the content, scope, background and rationale of the unnamed precautionary measures, reviewing

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. El presente producto de investigación hace parte del área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín, la cual participa en la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín en el proyecto "Las subreglas en las providencias de la Corte Constitucional sobre las acciones de constitucionalidad y de tutela a partir del debido proceso judicial"; investigación que se elabora junto con los estudiantes Semilleros de Derecho Procesal, quienes son auxiliares de investigación.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Actualmente docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín, miembro del Grupo de Investigación "Jaime Sierra García".

Correo electrónico: camiloa.garzon@campusucc.edu.co

** Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Neiva. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Bogotá. Actualmente docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, miembro del Grupo de Investigación "Jaime Sierra García".

Correo electrónico: marta.garciaz@campusucc.edu.co

its history in Colombian law, as interpreted by judicial officers and a brief review of the development of these in Venezuela.

Key words

Unnamed interim measures, ex officio; Injunction; declarative process; due process

Introducción

El trabajo que se presenta sobre las medidas cautelares innominadas, es fruto del área de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, la cual participa en la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín en el proyecto *“las subreglas en las providencias de la corte constitucional sobre las acciones de constitucionalidad y de tutela a partir del debido proceso judicial”*; investigación que se está elaborando junto con los estudiantes del Semillero de Derecho Procesal, auxiliares de investigación en la misma. Tiene como objetivo identificar los criterios procesales que tienen en cuenta los Jueces Administrativos de Oralidad del Circuito de Medellín, los Jueces Civiles del Circuito de Medellín y los Jueces Civiles Municipales, para el decreto ya sea de oficio o a solicitud de parte de medidas cautelares atípicas o innominadas.

La Jurisprudencia Constitucional en sentencia de tutela (Sentencia T 788, 2013) ha señalado que las medidas cautelares son un instrumento procesal que tienen por objeto:

“...garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se

modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”

La Ley 1564 del año 2012 y la Ley 1437 del año 2011 autorizan la aplicación de este tipo de medidas cautelares a los jueces; el análisis de las mismas se realizará en desarrollo del presente artículo, pero vale la pena mencionar desde ya, que son cautelas propias para cada caso, tal y como indica (Villamil Portilla, 2012) “Son estas cautelas medidas inespecíficas de creación de la parte demandante, al juez apenas le corresponde juzgar su utilidad, proporcionalidad y pertinencia para la realización del derecho que la sentencia contingentemente habrá de reconocer”. Por tanto, corresponde al análisis de los elementos de la pretensión declarativa, pues así podrá decretar medidas distintas a las tradicionales (entiéndase inscripción de la demanda, suspensión del acto administrativo, embargo y secuestro de bienes) que garanticen la efectividad de su sentencia judicial.

El Código General del Proceso (en

adelante CGP) consagra las medidas cautelares innominadas en su artículo 590, al igual que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPA-CA) quien también las consagran en sus artículos 229 y 230; normativa vigente en el caso del CGP desde el 1 de octubre de 2012, por disposición expresa del artículo 627 numeral 4º del mismo Código; y en el CPACA, según el artículo 308, el 2 de julio de 2012, por tanto los jueces Colombianos, no han tenido más de dos años para darle interpretación y aplicación a las medidas cautelares atípicas, pero aún así, son disposiciones vigentes, sobre las cuales es importante preguntarse, sí en la ciudad de Medellín se han aplicado dichas medidas y bajo qué criterios.

Problema de investigación

Actualmente, el CPACA (Ley 1437 de 2011) y el CGP (Ley 1564 de 2012) consagran la posibilidad que en sus procesos declarativos se decreten medidas cautelares que no están reguladas, es decir, singulares para cada caso. Debido a las particularidades de estas medidas, en el presente texto se busca analizar, ¿Cuáles son los criterios que deben tener los jueces para el decreto de las medidas cautelares innominadas?

Metodología

En el presente trabajo, se utilizó el método de la encuesta a los Juzgados Civiles municipales y del Circuito de Medellín y a los Juzgados Adminis-

trativos de Medellín, para evidenciar si en estos se han decretado medidas cautelares innominadas, igualmente se realizó un rastreo jurisprudencial, para evidenciar los pronunciamientos de las altas cortes sobre el tema en cuestión. Se trata de una investigación cualitativa, pues se trata de estudiar el impacto que han tenido las medidas cautelares atípicas en la aplicación del derecho en la ciudad de Medellín.

1. El origen de las medidas cautelares en la legislación colombiana

Acorde con la norma sustantiva, encontramos en el Código Civil, Título Preliminar, Capítulo V “Definiciones de varias palabras de uso frecuente”, que en el artículo 65 se define la Caución así: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.”

El artículo 65 menciona como una de las especies de caución la Fianza, cuya consagración legal se encuentra en el Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos” Título XXXV “De la fianza”, en el Capítulo I, De la constitución y requisitos de la fianza, su definición en el artículo 2361 se identifica en los siguientes términos:

La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si

el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

A su vez, en el artículo 2362, se consagran las clases de fianza que al tenor del citado artículo reza:

La fianza puede ser convencional, legal o judicial.

La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez.

La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa.

Así mismo, el estatuto Civil consagra los eventos en que el deudor puede ser obligado a prestar fianza, el artículo 2374 del Código Civil indica:

Es obligado a prestar fianza a petición del acreedor:

1....

2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación.

3. El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio, con

ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.

Se observa, como en el numeral tercero del artículo en mención, el legislador hace referencia a que haya motivo de temer, desarrollando de ésta forma el principio denominado *suspectio debitoris*, (Hernandez Villarreal, Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelares?, 2014) como directriz encaminada a que el acreedor pueda afectar a su deudor, en el poder de disposición sobre sus bienes, bien obligándole a prestar fianza en un proceso, especialmente encaminada a ese efecto, o bien cautelando sus bienes anticipadamente, mediante el embargo o la inscripción de la demanda.

Pese a lo anterior, en el mismo Libro Cuarto, en mención, pero en el Título XXXVI dedicado al contrato de prenda, el legislador señala expresamente la prohibición de tomar o retener, a título de prenda, bienes del deudor en contra de su voluntad, lo cual consagra en el artículo 2417 del Código Civil así: “No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia....”.

Significa lo anterior, que en caso de administrar justicia, el juez si puede ordenar tomar una cosa del deudor contra su voluntad o afectarle un derecho y en la mayoría de los casos, sin que el deudor se entere, toda vez que no

ha sido notificado de la demanda, con el fin de servir de prenda en el cumplimiento de la obligación determinada a petición de parte.

De otro lado, en el Título XXXI "Del depósito y del secuestro", del libro en mención, encontramos el capítulo III "Del secuestro", en el cual el artículo 2273 dice: "El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor."

A su vez, el artículo 2276, consagra las clases de secuestro en los siguientes términos: "El secuestro es convencional o judicial. El convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso. El judicial se constituye por decreto de juez, y no ha menester otra prueba."

Por lo anterior, se puede concluir que el secuestro, al que hace relación las normas citadas, es una especie de fianza, toda vez que en ambos casos se trata de retener una cosa en garantía del cumplimiento de una obligación de entregar; sin perder de vista, que ambas figuras se encuentran en el Libro Cuarto "De las obligaciones en general y de los contratos", del Código Civil, independiente de que una sea garantía real y la otra una garantía personal, pero dirigidas al mismo fin, cual es el cumplimiento de una obligación.

De lo hasta aquí expuesto, se evidencia como el origen y raigambre de

las medidas cautelares se encuentra en las normas sustantivas, en el Código Civil, toda vez que desarrollan el concepto de fianza judicial, al remitirlo al Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez, a petición de parte, impone al demandado ciertas restricciones, o inmoviliza la comerciabilidad de algunos bienes en función de asegurar el cumplimiento de una obligación, presente o futura.

Al iniciarse un proceso declarativo, el demandante busca una garantía para el cumplimiento de su obligación y le solicita al juez afectarle un derecho a su deudor, pese a estar su derecho incierto, toda vez que lo que está pretendiendo, es precisamente la declaración de su derecho; por ende el peticionario es quien debe indicarle al juez el respaldo de la obligación que persigue.

Si bien, dicha solicitud en relación con las medidas cautelares es rogada por parte del demandante y es su obligación señalar las medidas cautelares a considerar, también es cierto que el juez es quien tiene la facultad de determinar oficiosamente, si dichas medidas son procedentes o no, con miras a brindar un equilibrio y protección al demandado y evitar el uso o abuso desproporcionado del derecho que le asiste al demandado, en relación con lo solicitado por el demandante, al respecto se ha dicho:

"Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administra-

ción de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.” (Sentencia C 379, 2004)

Colombia tradicionalmente ha sido extraño a la aplicación de medidas cautelares en los procesos declarativos, una de las razones para esto, es que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil no las hacía atractivas o no lograban proteger los derechos que están en curso del litigio. Dicho artículo regulaba únicamente las medidas cautelares tradicionales, es decir la inscripción de la demanda para los procesos en los que estuviesen en debate derechos reales, embargo en asuntos de responsabilidad civil contractual y extracontractual; secuestro cuando iniciase la segunda instancia de estos procesos. Por tanto dichas disposiciones no eran satisfactorias para las partes, y eran limitadas para ciertos procesos, el legisla-

dor estaba en mora de implementar un sistema que verdaderamente sirviera para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

En los procesos Contenciosos Administrativos el panorama era mucho peor, pues la medida cautelar existente era la suspensión provisional del acto administrativo y se aplicaba únicamente cuando se estaba en presencia de procesos con pretensión de Nulidad, es decir, cuando la pretensión tenía un origen contractual o un fin de reparación, no existía medida preventiva alguna que ayudara a dar cumplimiento a la sentencia. Por último vale la pena citar a (Parra Quijano, 2013) quien dice:

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.

2. ¿Por qué innominadas?

Lo innominado trata de aquello que no está nombrado expresamente por el legislador, pero el Código General del Proceso y el Código de Proce-

dimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, facultan al Juez para que en cada caso y mediante petición de parte (situación que se analizará más adelante) la decreta conforme al artículo 590 que indica que si la "encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión".

Dentro de la doctrina existe acuerdo en que las medidas innominadas cautelares surgen del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano citado por (Proto Pisani, 1994) dice:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Las medidas cautelares típicas, no alcanzan a cubrir todas las necesidades que resultan de un proceso judicial, pues no siempre existen bienes para ser objeto de embargos y secuestros, es por lo anterior que el profesor Venezolano (Rangel, 1989):

Por ello, en el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por tanto, la denominación más técnica para esta figura del derecho, sería medidas atípicas, pues aplicando analógicamente la clásica clasificación de los contratos, los contratos atípicos son aquellos que no tienen regulación normativa, más allá de la normas generales de existencia y validez para todos los contratos, por tanto, estas medidas, solo tienen una normas que regulan la forma de solicitarse, los requisitos para que el juez las otorgue (existencia) y deja por decirlo de alguna manera, a la imaginación del peticionario cómo será el contenido de las mismas.

En este punto del texto es importante citar algunos ejemplos que nos ha traído la doctrina, los cuales servirán

para ilustrar cuáles han sido las medidas solicitadas, la profesora Venezolana Mariolga Quintero Tirado, citada por los Panameños Jorge Fábrega y Adán Arnulfo Arjona en un artículo denominado "Medidas cautelares innominadas", publicado por la revista de la Universidad de Antioquia, Estudios de Derecho en su volumen 47, nos instruye con los siguientes ejemplos:

Una agencia de publicidad inautorizadamente se vale de nuestra reproducción fotográfica para anunciar un producto comercial y considerándolo atentatorio para nuestra personalidad, demandados a la firma publicitaria por daños y perjuicios, solicitando, por otro lado, que ante la tardanza en el pronunciamiento definitivo se prohíba preventivamente la circulación de tal anuncio.

Los propietarios o poseedores de agua se oponen al desmonte que pretende efectuar el propietario del fundo dominante en la cabecera del río que se la suministra, invocando disminución del agua que utilizan y exigen que provisionalmente tome el juez las medidas que impidan la realización del desmonte.

Demando al arrendador por haber sido negligente en el cumplimiento de su obligación atinente a las reparaciones mayores del inmueble, y ante la necesidad evidente de las mismas para evitar males más graves a los ocupantes del mismo,

pide el arrendatario se tomen las medidas provisionales del caso (Fabregá & Arjona, 1989).

Este tipo de medidas comportan obligaciones de hacer o de no hacer, será importante que los jueces Colombianos a la hora de decretarlas, disminuirlas, aumentarlas o modificarlas, tengan muy claro la regulación de este tipo de obligaciones en el Código Civil y en la jurisprudencia que ha dado sobre esto la Corte Suprema de Justicia, además del criterio auxiliar de la doctrina; pues en el Código Civil en toda su normativa, trae amplia regulación de las obligaciones de hacer y no hacer, y según la imposición que haga el Juez, deberá revisar si exista una norma en el ordenamiento jurídico que soporte dicha prestación, o qué sanción trae el incumplimiento de la misma. De esta manera, se considera podrían ponerse algunos límites al amplio criterio que tiene la parte que solicita la medida atípica y segundo el juez que la concederá.

3. Regulación de las medidas cautelares innominadas en Colombia

En esta parte del texto, se quiere evidenciar, como en Colombia se ha tenido la existencia normativa de las medidas genéricas, desde el mismo Código Civil, y como a raíz de la aparición del Código Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nuestra legislación fue creando paulatinamente las medidas cautelares innominadas, eso sí teniendo claro que su positivización

se realizó en disposiciones normativas, novedosas para el Derecho Colombiano en aquellas épocas, como por ejemplo el decreto que creó la mal llamada Jurisdicción Agraria o la Ley 256 de 1996, por la cual se regula la competencia desleal.

Posteriormente se analizarán pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes sobre las medidas innominadas, toda vez que como se verá, la Corte Constitucional declaró inexecutable su aplicación en la ley 1493 de 2011, la cual le otorga algunas funciones de vigilancia y control a la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional de Derechos de Autor. Asimismo, un pronunciamiento de tutela realizado por la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de una medida cautelar innominada.

También será importante revisar para el caso Colombiano, la aplicación por la Superintendencia de Sociedades de este tipo de medidas, ya que este ente administrativo con función excepcional jurisdiccional, ha sido uno de los más activos en el uso de las mismas, incluso de oficio.

a. Consagración normativa

Como se dijo, al dar una pequeña introducción de este punto, el Código Civil Colombiano trae un leve asomo de una medida cautelar innominada, a través del artículo 959, que reza:

ARTICULO 959. <MEDIDAS

PREVENTIVAS DENTRO DEL PROCESO>. Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

Véase como el legislador desde aquel momento, les ha dado a nuestros jueces la posibilidad que en los procesos reivindicatorios se tomen medidas que permitan el aseguramiento del derecho, sin mencionar específicamente cuales, solo definiéndole la obligación que aquellas conduzcan a evitar el deterioro de la cosa.

Por ende, esta norma permite por ejemplo, se le solicite al Juez que el demandado realice un cerramiento al bien para evitar invasiones o que por ejemplo, tal y como lo regula el Código General del Proceso para los procesos de pertenencia, se fije una valla donde se indique que este bien está siendo sometido a un proceso que discute a quien pertenece su derecho real de dominio.

Mucho después en el tiempo, se expide el Decreto 2303

de 1989, el cual regula la Jurisdicción Agraria, en su artículo 121 contiene una importante disposición, pues indica que el juez debe tomar medidas precautelativas, lo cual lo enuncia de la siguiente manera:

ARTICULO 121. MEDIDAS PRECAUTELATIVAS. Desde el momento de la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, si considera que se está causando daño al ambiente o a uno o más recursos naturales renovables, o existe peligro inminente de que se produzca, aunque sea distinto del indicado en la demanda, tomará las medidas del caso, previa realización de una inspección judicial.

El juez podrá conminar al demandado, bajo apremio de multas, para que suspenda las obras o actividades constitutivas del riesgo o causante del daño, o realice los trabajos necesarios para conjurar el primero o hacer cesar el último.

El juez podrá exigir caución para garantizar el cumplimiento de lo ordenado e imponer multas en caso de desobediencia.

Es muy importante ver en esta norma cómo le indica al juez que de oficio deberá tomar todas aquellas medidas que eviten un daño al medio ambiente,

de lo cual se puede concluir, que será para cada caso concreto, según las necesidades y teniendo en cuenta la comprensión del juez que tramite el asunto, el decreto de una medida de cautela específica y propia para este litigio en particular, por ende será atípica.

Deberá tenerse en cuenta también, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, norma aplicable por los jueces colombianos, la cual en los artículos 245 y 246 indica:

ART. 245. Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

ART. 246. Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases,

embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

c) La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) La constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) El cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del país miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares.

De esta norma se hará un breve análisis en el siguiente capítulo, sobre el pronunciamiento del Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín, quien en un caso concreto negó la aplicación de esta norma.

Continuando con este análisis histórico de las medidas, se encuentra que la Ley 256 de 1996, regulatoria de la competencia desleal y que es una norma de contenido sustancial y procesal, en su artículo 31 enuncia:

ARTÍCULO 31. MEDIDAS CAUTELARES. Comproba-

da la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley 472 de 1998, la cual regula el ejercicio de las acciones populares

y de grupo, consagra también la posibilidad para la parte accionante, de solicitarle al Juez el decreto de ciertas medidas cautelares, pero en este caso, la norma enuncia una lista de medidas que puede decretar el juez.

Artículo 25º.- Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Del texto citado, es importante hacer algunas acotaciones, lo primero, es que el legislador, dada la especialidad del tema, consagra medidas cautelares distintas a las tradicionales de los códigos (embargo, secuestro, inscripción de la demanda o suspensión provisional de acto administrativo), pero como se ve, su enunciación es abierta, por tanto es viable considerarlas dentro de la clasificación de las medidas cautelares atípicas, al otorgarle amplio criterio al juez para buscar la protección del derecho amenazado. Es importante tener en cuenta, que el artículo 26 de la norma estudiada establece criterios para oponerse a la medida cautelar, lo cual constituye un caso sui generis para la regulación de las medidas cautelares en el Derecho Colombiano, las causales de oposición consagradas por el legislador son:

Artículo 26º.- Oposición a las Medidas Cautelares. El auto que decreta las medidas previas será notificado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e in-

minentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas.

Posteriormente, el Congreso expide la Ley 1437 del año 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma de gran actualización al Derecho Administrativo Colombiano, en relación con las medidas cautelares en los procesos en mención, como se dijo anteriormente, el Decreto 01 de 1984, sólo regulaba como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo en tratándose de procesos con pretensiones de nulidad. Esta nueva norma procesal trae en su TÍTULO V, que trata sobre DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Capítulo XI, sobre las Medidas Cautelares, todo un capítulo para tratar de darle eficiencia y protección al derecho a las partes de este tipo de proceso. Es importante traer a colación los artículos 229 y 230 de la norma en comento, de los cuales se realizará un análisis.

ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en

cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca

al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autori-

dad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Leídas estas normas, se evidencia que por primera vez un Código Procesal quiere ser más detallista en las medidas cautelares innominadas; se indica en el Libro Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011:

Es así como en vigencia del nuevo código el ámbito de acción del juez administrativo se amplió, pues se contemplaron otras posibilidades de decisión cautelar que van más allá de la simple suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En ese orden, atendiendo su propósito o finalidad, el artículo 230 del CPA y CA clasificó a las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Como su nombre lo indica, con las medidas preventivas se pretende evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte demandante. Con las medidas conservativas se busca preservar el statu quo, o lo que es lo mismo,

“ordenar que se mantenga la situación” previa al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia; mientras que con las medidas anticipativas se quiere “que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante.

(..)

Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. (Gomez Aranguren, 2012)

De lo anterior, es claro que el legislador Colombiano, da un giro radical en cuanto a las medidas cautelares, otorgando importantes herramientas al Juez Administrativo y a la parte solicitante de la medida, para que basándose en los criterios indicados por el legislador y en las pautas de las obligaciones de hacer y no hacer del Código Civil, puedan solicitar la medida pertinente para que exista una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Poco después de haberse expedido el CPACA, se expide la Ley 1493 de 2011, por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones. Dicha norma es regulatoria de

los derechos de autor y no es aplicable por autoridad que tenga poder judicial (ya sea como juez o como autoridad administrativa con posibilidad de administrar justicia), hace parte del derecho administrativo sancionador, y en su artículo 30 literal d, traía una disposición que creaba medidas cautelares innominadas para este asunto, así:

Artículo 30. Medidas cautelares. El Director de la Unidad Administrativa Especial -Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

(...)

d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

La Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad 835 del año 2013 declaró inexecutable esta norma, este análisis se realizará más adelante, en un acápite especial sobre jurisprudencia de medidas innominadas.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, por su lado establece en el Artículo 32 las medidas cautelares aplicables a los procesos arbitrales:

Artículo 32: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal

podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el

tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

En materia arbitral, desde tiempo atrás ha existido la discusión sobre la posibilidad que el árbitro decrete medidas cautelares innominadas, (Hernández Villarreal, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, 2007), ha explicado como la doctrina a estado dividida antes de la expedición de la norma antes citada, pues parte de ella, indicaba que la norma era enunciativa sobre

las medidas consagradas en el Decreto 2279 de 1989 (inscripción del proceso y secuestro de bienes muebles), es decir, que los árbitros tenían la facultad, en virtud del poder que le daban las partes, de decretar otro tipo de medidas. Pero esta postura era minoritaria, pues como explica el Hernández Villarreal, la mayoría de los juristas, se inclinaban porque esta consagración era taxativa, pues no está permitido al árbitro ejercer más funciones que la que les da la ley.

Esta discusión, fue finalizada por la Ley 1563, pues reguló, de forma clara la posibilidad para los árbitros, acoplado el Estatuto Arbitral a las exigencias del Derecho Internacional.

Por último, el Código General del Proceso, Ley 1564 del año 2012, finalizó la serie de disposiciones que en Colombia consagran las medidas cautelares atípicas o genéricas, regulando lo siguiente:

ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS.

En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares: (...)

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que

se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Se deberá tener en cuenta, por expresa disposición del artículo 627 del Código General del Proceso, que esta norma está vigente desde el 1 de octubre de 2012, por tanto, pasados casi dos años de su vigencia, sería completamente normal que los abogados hayan solicitado a sus jueces la aplicación de este tipo de medidas, y que los jueces Colombianos hayan decretado en varios procesos muchas de ellas, pero como se verá más adelante en este artículo no existe la más mínima aplicación de estas medidas, en particular en la ciudad de Medellín.

Es importante explicar en detalle varias disposiciones del artículo cita-

do, para entender, cuál es la auténtica finalidad del legislador al establecer el amplio margen de las medidas innominadas. Al leer detalladamente el artículo, se encuentra como primera exigencia del legislador la racionalidad de la misma, por tanto, el primer cuestionamiento por el Juez a la hora de decretar dicha medida, sería la siguiente: ¿exige el legislador que se efectúe un “test de razonabilidad” para aplicar una medida cautelar atípica?, este test se realiza cuando está en juego el principio de igualdad. La ley da la posibilidad al demandante de pretensionar una cualquier medida para proteger su derecho, mientras que el demandado sólo tendrá la posibilidad a través de las denominadas “contra-cauteladas” solicitar la modificación de la misma pagando una caución. Al respecto ha dicho el profesor (Bernal Pulido, 2002):

(...) de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un “test de razonabilidad”, compuesto por tres “etapas”: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual”; “b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”. A su vez, según la Corte, esta última etapa se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Juez ya sea Administrativo o Civil, deberá determinar si la aplicación de esta medida, protege fines constitucionales, y seguramente argumentar la protección de una tutela jurisdiccional efectiva. La Corte Constitucional aplicó éste test en la Sentencia C-835 del año 2013, la cual se analizará a continuación, sentando con ello el precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria en la Rama Judicial.

b. Jurisprudencia de las altas cortes colombianas sobre las medidas atípicas

En este punto se realizará el análisis de la Sentencia C-835 del año 2013 y una sentencia de tutela interpuesta contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resuelta por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia C-835, aplicó el test de proporcionalidad, para decidir si el artículo 30 de la Ley 1493 de 2011 es inexecutable; en el primer paso del test el juez debe buscar que la norma (o la medida en caso de estar aplicando una medida innominada) persiga objetivos constitucionalmente válidos, la Corte indicó:

“Se acepta entonces que el objetivo de la disposición normativa acusada **persigue objetivos constitucionalmente válidos**, pues no solo pretende hacer efectiva la inspección, vigilancia y control de sociedades de gestión colectiva, sino salvaguar-

dar los intereses de los titulares y beneficiarios de derechos de autor y similares que se asocian en ese tipo de organizaciones para garantizar la adecuada explotación y reconocimiento de sus derechos”.

Posteriormente, la Corte en el análisis del segundo punto del test de proporcionalidad, realiza un importante pronunciamiento, diciendo lo siguiente:

“...en el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas no vedadas, que además de **no ser viables de oficio**, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador”. (Negritas y subrayas propias)

Este apartado de la sentencia, es importante tenerlo en cuenta, como se mostrará más adelante, la Superintendencia de Sociedades si considera viable la aplicación de oficio.

Continuando con el análisis de la sentencia, y volviendo al segundo punto del test de proporcionalidad o razonabilidad, sigue la Corte analizando el significado y contenido de las medidas atípicas, indicando como el Juez debe tener un criterio de equidad y razonabilidad, para aplicarlas, y el legislador

debe establecer esas reglas, lo cual no sucede en la norma analizada por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, al dejar abierto el criterio a la entidad administrativa para la aplicación de las medidas innominadas, no le impone tener en cuenta criterios de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma. Por tanto, acá finaliza el juicio de constitucionalidad sobre la norma, al no sobrepasar el segundo punto del test, no cuenta con la idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, es decir, no son idóneas en este caso concreto, para proteger los derechos de la parte investigada. Por tanto es menester en las medidas cautelares, la razonabilidad del Juez al aplicarlas y además, deberán ser a petición de parte.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de tutela con radicado 11001-02-03-000-2014-00342-00, de forma muy corta y concreta, indica sobre las medidas cautelares innominadas su procedencia en los procesos declarativos, tratándose en dicho caso de un proceso reivindicatorio, donde la parte solicitó en primera instancia una medida, consistente en ordenar al demandado, quien era poseedor, la no realización de contratos de subarriendo sobre el bien inmueble objeto de la litis; en ese caso, el Juez de primera instancia negó la medida, por ser una de las pretensiones el pago de los frutos civiles generando con ello incompatibilidad entre la pretensión y la medida cautelar solicitada; en segunda instancia el Tribunal Superior, decidió concederla por considerarla viable y acorde a la protección del sis-

tema, por garantizar la no perturbación de terceros, en este caso arrendatarios, afectando el cumplimiento de la sentencia.

c. Aplicación por la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en su texto denominado Jurisprudencia Societaria, trae una importante recopilación de pronunciamientos sobre distintos temas, entre ellas existen tres sobre medidas cautelares innominadas; se realizará un corto análisis de estos pronunciamientos, sobre todo en el sentido del decreto de oficio de las mismas por parte de la Delegatura.

El primer concepto a tener en cuenta, Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre del año 2012, se realizó en el marco de la elección de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla, donde meses antes a dicha elección, se constituyeron de forma sospechosa gran cantidad de sociedades por acciones simplificadas, y al darse cuenta de esto, la misma Cámara inicia un proceso buscando la cancelación del registro mercantil, por considerar la constitución de las sociedades ilícita, al no tiene por objeto ejercer el comercio; se crean según la Cámara de Comercio para abusar del derecho, mientras se realiza el pronunciamiento de fondo por parte del Juez competente, el demandante solicita la suspensión provi-

sional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas. Esta es una medida solicitada a petición de parte, la Superintendencia realiza un estudio intenso sobre la creación de sociedades, y sobre una investigación adelantada por Superintendencia de Industria y Comercio. La Delegatura de la Superintendencia de Sociedades decide conceder la medida innominada, por la proximidad de las elecciones y así garantizar la transparente elección de los miembros de la junta directiva.

El segundo pronunciamiento del 1º de febrero del año 2013, Auto No. 801-001488, se trata de una pretensión de una sociedad quien es accionista de una sociedad por acciones simplificada, en la cual solicita, se rescinda los votos emitidos por esta última durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada, al existir exceso al poder conferido al representante legal; lo primero a tener en cuenta por la Superintendencia para decretar medidas cautelares en los procesos, es la probabilidad de éxito de las pretensiones formuladas, esto es, buscar la apariencia de buen derecho exigida por la norma procesal en el artículo 590 del Código General del Proceso. En segundo lugar, habrá de determinarse el interés económico del demandante, por ejemplo en el presente caso, el demandante es un accionista de la sociedad, los actos mercantiles a realizarse por el representante legal de la sociedad podrán afectar el patrimonio de los socios, por tanto el despacho decretó las medidas cautelares, ordenó

poner en suspenso cualquier acto jurídico a realizar por el mandatario, para así proteger durante el curso del proceso el patrimonio del demandante. Aunado a lo anterior, la Delegatura decide decretar una medida cautelar de oficio, inscribir la demanda en el registro mercantil de una de las empresas a la cuales se les vendió participación accionaria de la demandante, negocio que realizó el representante legal de ésta, sin contar con la debida autorización, por tanto la Superintendencia encontró según su concepto, la importancia de darle publicidad en los registros mercantiles de las empresas adquirentes de acciones del proceso que pretende la rescisión de estos negocios.

El tercer caso que recopila el libro que se viene analizando, donde se estudia una medida cautelar innominada en un proceso de desestimación de la personalidad jurídica. El demandante solicita la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria de un bien específico el cual había sido incluido en los estados financieros del demandado, pero de dicho bien de forma continua pasa a manos de otras personas y regresa al patrimonio de la empresa demandada, con el fin de demostrar respaldo patrimonial cuando le conviene y disminuirlo cuando no es conveniente. Comienza nuevamente la Superintendencia a estudiar las probabilidades de éxito del demandante, partiendo de las pruebas anexadas junto con la demanda, además en este caso concreto, la Superintendencia decidió de oficio la suspensión del acto

mediante el cual se extrajo el inmueble concerniente del patrimonio de la empresa demandada. El argumento para lo anterior es: "Se trata de una medida que, en criterio del Despacho, no solo busca 'asegurar la efectividad de la pretensión', sino que guarda, además, una cercana proporción con los efectos nocivos que parecen haberse derivado de la donación controvertida". (RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS, 2013).

Sobre estos pronunciamientos, se debe tener en cuenta, el estrecho margen entre el prejuiciamiento y protección al demandado, al juzgar la apariencia del buen derecho no existe un límite claro definido en estos pronunciamientos por el ente Jurisdiccional de asuntos societarios para explicar por qué no está adelantando una sentencia.

4. Resultado del rastreo en los Jueces Civiles Municipales y del Circuito y Administrativos de Medellín

Se realizó un sondeo por los 17 Juzgados Civiles del Circuito, 30 Juzgados Civiles Municipales de Medellín, así como en los 16 Juzgados de Oralidad Administrativos de la misma ciudad, los cuales fueron encuestados por los alumnos miembros del semillero de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, participantes de la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal de Medellín.

De este rastreo, en los 63 Juzgados encuestados, sólo se encontró en el juzgado Segundo Civil del Circuito una solicitud de unas medidas cautelares innominadas, las cuales fueron negadas, vale la pena aclarar los fundamentos de derecho consistieron en la Decisión 486 de Cartagena analizada en el desarrollo del presente texto y no en el Código General del Proceso.

En los demás juzgados no se evidenció al momento de diligenciar la ficha, la aplicación de las normas sobre medidas cautelares innominadas vigentes desde el año 2012.

5. Análisis desde el derecho venezolano

En el derecho venezolano, el cual consagra dichas medidas en el Proceso Civil desde 1986, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil de aquel país se indica respecto de la temática tratada, que únicamente el poder judicial tiene la potestad de tratar esa medida, ya que estas se vuelven en una mínima afectación al ejercicio de los derechos.

Para que procedan las medidas preventivas se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. La demanda ya debe estar admitida, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia Venezolana en su fallo del 12/12/1979.

2. La presunción grave del derecho que se reclama o el *Fomus Boni Iuris*.

3. Cuando exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo o el *Fomus Periculum in Mora*.

4. Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

5. Es importante mencionar el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar los resultados del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige. (Morales, 2008)

La citada profesora venezolana (Morales, 2008) continúa indicando:

“...su aplicación y enfoque relacionado con la necesidad de tener una visión mejorada de éstas y que permitan a las partes implicadas en el proceso civil su uso para evitar un daño y abreviar el proceso; así como las medidas cautelares innominadas y su importancia, igualmente, permitió precisar el compromiso de la administración

de justicia, quienes deben asumir con responsabilidad social y profesionalismo el poder cautelar general concedido por la ley al juez; para que el arbitrio, con criterio de oportunidad, y atendiendo a las circunstancias de modo tiempo y lugar, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal de la ejecución”.

Conclusiones

Poca acogida ha tenido dentro de los abogados litigantes en Medellín las medidas cautelares atípicas, por tanto, se deberá preguntarse en la continuación de esta investigación ¿se conoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos por parte de los abogados de Medellín?

No existe apropiación por parte de la comunidad jurídica en Medellín entorno a las medidas cautelares innominadas.

La Superintendencia de Sociedades ha dado aplicación a medidas cautelares atípicas de oficio, sin tener en cuenta la Sentencia C-835 del año 2013, por lo cual desconoce el precedente de la Corte Constitucional, lo que podría generar acciones de tutela contra esta Superintendencia por violación del debido proceso y del principio de igualdad.

Las medidas cautelares innominadas

requieren para su aplicación un test de proporcionalidad, que la Superintendencia de Sociedades lo realiza en dos pasos, el análisis de la probabilidad de éxito de los demandantes y el interés económico de estos.

En el derecho Venezolano existe ya amplia tradición y depuración del trámite de las medidas innominadas, pues en la doctrina es amplio su conocimiento y en la comunidad jurídica se conoce su alcance y funcionalidad.

Referencias

- Sentencia C 379, 379 (Corte Constitucional 27 de Abril de 2004).
- RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS, Auto No. 801-016441 (Delegatura Societaria de la Superintendencia de Sociedades).
- Sentencia T 788, 788 (Corte Constitucional 2013).
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En *INSTRUMENTOS DE TUTELA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL* (págs. 51-74). México D.F: INSTRUMENTOS DE TUTELA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.
- Fabregá, J., & Arjona, A. (Marzo de 1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Estudios de Derecho*, XLVII (113-114), 195-202.
- Gómez Aranguren, G. E. (2012). El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011* (págs. 173-184). Bogotá D.C: Banco de la Republica.
- Hernández Villarreal, G. (2 de Febrero de 2007). Obtenido de Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390108>
- Hernández Villarreal, G. scielo. Obtenido de Sitio web de scientific electronic library online: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792007000100007&script=sci_arttext.
- Morales, E. (2008). LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 503-525.
- Parra Quijano, J. *Sites Goolge*. Obtenido de <https://sites.google.com/site/congresodchoprocesal/>
- Proto Pisani, A. (s.f.). Las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Italia. (A. Pérez Duarte, Trad.) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>

Rangel, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Instituto Colombiano Derecho Procesal*, VIII. Obtenido de <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>

Villamil Portilla, E. (2012). Algunos apuntes acerca de las cautelares en el Código General del Proceso. En *I. C. Procesal, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (Primera ed., pág. 174). Universidad Libre de Colombia.