

Utilidad de las medidas cautelares innominadas en el nuevo código general del proceso

Ferrer David González

Cód: 6001011071

Ronald Zambrano Escobar

Cód: 6000821142

Universidad la gran Colombia

Facultad de Derecho

Diplomado procesal y jurisprudencia

Tutor: Daniel Barragán

Bogotá D.C.

2016.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Medidas Cautelares innominadas

Resumen

Las medidas cautelares innominadas, promulgadas en la Ley 1564 de 2012 artículo 590 literales a, b y c, “Código General del Proceso”, serán de gran utilidad en la norma, ya que el operador de justicia encuentra otras razones suficientes que le permitan un decreto de oficio, así como de modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas.

La necesidad de adoptar la medida, que sea indispensable para el cumplimiento de la sentencia, debiendo ser útil y efectiva para el caso en concreto, debe el juez decretar una medida consonante con lo pretendido, y que impida la transgresión del derecho amenazado.

Las medidas cautelares innominadas se permiten en procesos declarativos, y que el demandante la haya solicitado en cualquier momento, desde la presentación de la demanda.

Para que se decreten medidas cautelares innominadas es necesario la petición de parte para que una vez formulada esta solicitud, el juez pueda acceder y formular la petición, si es sensata y relacionada con la demanda, o apartarse de ella y decretar otra que resulta a fin con el derecho reclamado, pero si más adelante considera que las circunstancias han cambiado, oficiosamente o por solicitud de parte interesada, podrá ordenar su modificación por otra menos gravosa, u otra más consistente en la pretensión invocada.

Este trabajo según lo expuesto posteriormente tiene fundamento en la aplicación de las medidas cautelares innominadas como son los principios establecidos en la ley a la hora de decretar la medida.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Palabras claves

Medidas cautelares innominadas; utilidad; necesidad; efectiva; decretar; pretensión; modificar; sustituir; amenaza; derecho; declarativos; petición de parte.

Abstract

The unnamed precautionary measures, promulgated by Law 1564 of 2012, article 590 literals a, b and c, "General Code of the Process", will be of great utility in the norm, since the operator of justice finds other sufficient reasons that allow a decree exodus, As well as to modify or replace them with less burdensome ones.

The need to adopt the measure, which is indispensable for the fulfillment of the judgment, should be useful and effective for the specific case, the judge must decree a measure consonant with the intended, and that prevents the violation of the right threatened. The innominate precautionary measures are allowed in declaratory proceedings, and that the plaintiff has requested it at any time, since the filing of the claim.

In order to order unintentional precautionary measures, a party's request is necessary so that once this request is made, the judge can access and formulate the petition, if it is sensible and related to the claim, or depart from it and decree another that results in order With the right claimed, but if it later considers that the circumstances have changed, either on its own initiative or at the request of an interested party, it may order its modification by a less serious one, or one more consistent with the claim invoked.

This work, as set out below, is based on the application of the unnamed precautionary measures, such as the principles established in the law in order to enact the measure.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Key words

Innominate precautionary measures; utility; need; effective; decree; claim; modify; replace; threat; law; declaratory; Part request.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Introducción

Es necesario tener un conocimiento amplio y suficiente sobre las medidas cautelares innominadas que están fundamentadas en el código general del proceso, por ser estas medidas cautelares importantes en la aplicación de un proceso para llegar a un fallo de una manera acorde y así evitar daños jurídicos que se ven reflejados en la sentencia, perfeccionando a la parte que pidió la prueba en el proceso que se le aplique una sanción menos gravosa, solicitando la parte interesada, que necesita que le diga al juez que decreta la medida cautelar innominada en el proceso.

En este orden de ideas tenemos que remitirnos a la medidas cautelares nominadas para tener una idea clara de su taxatividad y poder abordar el tema que nos corresponde de medidas cautelares innominadas, a partir de este tema nos de las pautas del desarrollo de la investigación en el título llamado utilidad de las medidas cautelares innominadas.

En este sentido el juez tiene la potestad de aplicar la medida más acorde para evitar un daño irreparable en la sentencia ya que el ordenamiento jurídico le da a la parte perjudicada o si el juez observa decretar una menos gravosa para evitar un daño jurídico irremediable, nos dio la prototipo para realizar la investigación preguntándonos acerca de la pregunta problema planteada de la siguiente forma. ¿Cuál es la necesidad de la medida cautelar innominada en el código general del proceso?

Pregunta que nos llevara a un punto de partida en el tema de la necesidad de la medida cautelar innominada, al momento de decretar el juez la medida cautelar innominada más útil al proceso, dada con el fundamento de la parte que las pidió bien sea la parte demandante o la parte demandada en el código general del proceso, para de esta manera abordar unos objetivos que tienen que ver con la investigación planteada.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Por consiguiente en este trabajo de investigación, se dará a conocer un objetivo general analizar la cautela innominada presente en el Código General del Proceso, artículo 590, numeral 1, literal c, puesto que el tema que nos compete es la necesidad de la medida cautelar innominada en el nuevo código general de proceso.

Partiendo de este objetivo general entraremos a conocer los objetivos específicos en los que llegamos a tener una ramificación en nuestro trabajo para darle un contexto al tema que se está desarrollando, partiendo del primer objetivo específico relacionado con la problemática, para qué sirve la medida cautelar innominada.

Por consiguiente una vez se agote el primer objetivo se dará paso a desarrollar el objetivo secundario que se relaciona con el tema de, él porque y para que se dio el cambio fundamental en el código general del proceso,

Y así las cosas para concretar el tema que nos compete procederemos a la investigación y desarrollo del tercer objetivo específico, en el cómo se aplica la medida cautelar innominada en el código general del proceso.

En el presente trabajo se procede a relacionar aquellos los autores que han hecho estudio de la materia de medidas cautelares innominadas tales como, Calamandrei, Jorge Forero Silva, Jairo parra Quijano, Roland Arizi, Jorge Rojas, entre otros, cuyos conocimientos y conceptos un desarrollo más justificado del tema que se pretende desarrollar.

Partiendo de este orden de ideas es un problema que se ha venido desde mucho tiempo en la legislación procesal ya que diferentes autores que vamos a referenciar en nuestro trabajo como el doctor, Calamandrei de origen italiano, citado por el doctor Parra Quijano, presidente del instituto colombiana de derecho procesal es un exponente de esta disciplina de la medidas cautelares innominadas al cual lo citamos en nuestro trabajo de investigación (Parra, 2013, p.2). *"La función de las medidas cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva".*

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

De igual manera el doctor Roland Arizi, en su libro medidas cautelares, referidas como título a las medidas indeterminadas en el sistema interamericano hace relación sobre aquellas medidas que la cataloga como indeterminadas, ya que es un aporte que realiza el autor para el tema a investigar.

Así las cosas vamos a trabajar de manera provisional el tema de la taxatividad la cual nos da un aporte a partir de las medidas cautelares nominadas, para así abordar el tema a investigar como son las medidas cautelares innominadas, ya que el legislador establece de manera concreta para determinado proceso.

Para terminar el tema de investigación desarrollaremos los principios, igualdad, eficacia, debido proceso, con el fin de determinar la incidencia con las medidas cautelares innominadas del Código General del proceso ley 1564 de 2012, contempladas en el artículo 590, numeral 1 literal c.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Discusión

Es el fin de que la providencia nazca con mayores garantías ya que el juez es el que puede decretar medidas cautelares innominadas en un proceso al cual de una manera taxativa está regulada para la administración de justicia, en el proceso puede existir la mora efectiva porque puede existir la posibilidad que un proceso dure años y años para su ejecución, por lo tanto es necesario un periodo rápido que asegure la efectividad de la sentencia, ya que permitiría un acceso a la justicia, equilibrio procesal, igualdad entre las partes, prevenir un daño irreparable.

De esta manera se relaciona en el trabajo las medidas cautelares innominadas como una necesidad de la parte que pidió las medidas cautelares innominadas y que a partir de ello el juez da un fallo o una sentencia sin medir el daño que se le puede hacer a la parte perjudicada, es decir se parte de una norma jurídica genérica o indeterminada según unos parámetros especificados por la ley, artículo 590 numeral 1 literal C, del código general del proceso.

La persona que en el ejercicio del derecho de acción para que el Estado, representado por el juez, le conceda el derecho pretendido, requiere de instrumentos útiles para que la decisión pueda hacerse efectiva.

La institución, cuyo estudio abordaremos en las líneas de investigación que sigue cumple dicho propósito ya que está encaminada a materializar las determinaciones que al ser adoptadas en la sentencia.

Las medidas cautelares tienen amplio alcance pues también puede recaer sobre bienes y también sobre personas, como en el caso de actos de competencia desleal para que el infractor cese el acto constitutivo de competencia desleal siempre que se hayan comprobado actos de deslealtad, que pueden ser materia de litigio o que pueden perseguirse aun cuando no son objeto de conflicto, ya que pueden perseguirse para garantizar el cumplimiento de las decisiones impuestas en la sentencia definitiva.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

En este orden de ideas las medidas cautelares en protección de la igualdad procesal, principio que la doctrina acoge, las medidas cautelares tienen por objeto garantizarlo, que surte que quien acude a la administración de justicia, en el desarrollo del proceso pueda conservar su situación similar a la que existía al tiempo de demandar para que ella sentencia se restablezcan sus derechos o en otras palabras las medidas cautelares impiden que se causen más males de los ya provocados por el, que con su actitud ha provocado que se le demande.

El nuevo Código General de proceso incorpora todos los asuntos declarativos las medidas cautelares innominadas como un instrumento útil que hace posible el cumplimiento de condenas que se impongan al decidir el litigio, de tal suerte que si el demandante acude a ellas, el juez podrá decretar medidas que resulten compatibles con lo pretendido, toda vez que el poder cautelar que le confiere el ordenamiento procesal garantiza la igualdad de las partes.

Empezamos a mirar las características de las medidas cautelares dentro de la actividad procesal, que nos sirven para establecer parámetros de las medidas nominadas que según el ordenamiento procesal dentro de sus características encontramos que son taxativas es decir, que para acudir a ellas, la ley contempla de manera expresa las reglas que deben de ser acatadas por los litigantes o por el juez. Solo proceden cuando el legislador las establece de manera concreta para determinado proceso,

Mientras las medidas cautelares innominadas, son las no especificadas por el legislador pero autorizadas por el, para que el juez adopte la que resulte útil para el caso en particular, podemos asimilar las características de taxatividad o nominación de la siguiente perspectiva (forero.2014.p3).

"por la naturaleza de la pretensión". (forero.2014.p3), Aquí se establece si las medidas cautelares son procedentes, es decir que identificada la pretensión se examina las normas procesales para concluir si son admisibles las cautelas, de tal suerte que si de acuerdo a la pretensión invocada en la demanda no hay norma que lo autorice, no procederán las medidas cautelares.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Esto implica la necesidad que al formular demanda de la parte interesada en reclamar un derecho, desde la pretensión, la parte interesada debe solicitarla para que el juez haciendo uso de sus poderes decrete la medida cautelar si es útil y beneficiaria al actor.

“Implica esta regla de taxatividad que ante la omisión de norma que permita una cautela según la petición concreta formulada en la demanda, no habrá lugar a solicitarla, pero, si al contrario la ley la autoriza es viable acudir a ella, lo cual comprende la innominada para todo asunto declarativo” (Forero, 2014,p4)

“por la oportunidad para solicitarla” (Forero, 2013, p4). Verificada la admisibilidad de la cautelas en el caso en particular, a de examinarse el momento en que se pueden pedir. En ocasiones la ley autoriza solicitarlas antes de un proceso, en otras desde la presentación de la demanda y en ciertos casos antes que se dicte sentencia de primera instancia siempre que sea favorable al demandante.

El legislador dio la viabilidad para que el juez pueda hacer uso de esas medidas innominadas por reglas que no se encuentran especificadas en la norma pero que a partir de su interpretación el legislador le dio la potestad para poder decretar las medidas innominadas durante el desarrollo del proceso.

Un ejemplo de ello lo podemos ver en las acciones de competencia desleal, el artículo 31 de la ley 256 de 1996, no derogado por el código general del proceso consagra medidas cautelares de naturaleza innominada, pudiendo acudir a ellas antes de presentarse demanda cuando se ha comprobado un acto de competencia desleal o es inminente su realización.

Desde un punto de vista cotidiano esta medida se puede apreciar como la necesidad de brindar garantías a la parte demandante, buscando evitar que los bienes objeto de la pretensión salgan del comercio ya que decretando esta medida innominada se hace un uso público por parte del juez para la libre administración de la justicia.

Por regla general las medidas cautelares se solicitan desde la presentación de la demanda, como acontece desde los procesos ejecutivos, o para los procesos declarativos con forme a la regla general prevista en el artículo 590 del Código General del Proceso, (Henao, 2015, p.693).

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

En ocasiones es necesario esperar la sentencia de primera instancia para acudir a ciertas cautelas, siempre que tal providencia acoja las pretensiones y haya sido apelad como lo disponen los incisos de los literales a y b del numeral primero del artículo 590 del Código General del Proceso que se ocupan de las acciones de derechos reales principales, y de las acciones indemnizatorias

En este trabajo daremos la discusión de las medidas cautelares establecidas en el código general del proceso que será de gran utilidad de la parte principal del derecho procesal se encamina a explicar las instituciones, mostrando su utilidad.

El estatuto procedimental procesal reviste las medidas cautelares innominadas, en los procesos declarativos el juez pueda adoptarla que resulta más apropiada según las circunstancias de cada proceso. El administrador de justicia podrá decretar las medidas que el código no tipifica, con lo que puede ir más allá de lo que establece la ley, pero bajo ciertos lineamientos que la hagan razonable.

A partir de los incisos transcritos podemos identificar las directrices que el juez tendrá en cuenta, para conceder las cautelas en estudio, *Una de ellas es la legitimación de las partes*, (Forero, 2014, p 31). Se debe examinar que si la persona que reclama la pretensión es a quien efecto le pertenece, pues no es suficiente que exista el derecho sino que quien la reclama es en realidad el sujeto a quien le corresponde, es decir, que el actor sea el titular del derecho.

Interés para actuar, la causa petendi, (Forero, 2014, p 31). Que se refleja en la demanda debe ser seria, ostensible, pues de los hechos alegados se instituye la amenaza o vulneración de un derecho, la necesidad de adoptar la medida así como la efectividad de la que decrete. Que sea indispensable para el cumplimiento de la sentencia, debiendo ser útil y efectiva para el caso en concreto, por existir un riesgo que amerita ser atendido y evitar que se vulnere un derecho. Debe entonces el juez decretar una medida consonante con lo pretendido, y que impida la transgresión del derecho reclamado.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Proporcionalidad de la medida, (Forero, 2014, p 31). Según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, acompañada con el monto de la pretensión que no resulte exagerada. El juez debe ponderarla decretando aquella cautela que se ajuste al caso en concreto, sin olvidar que el demandado no ha sido condenado, y que a la vez sirva para materializar la pretensión en el caso de que llegue a ser vencido.

Su alcance y duración, (Forero, 2014, p 31). Que trate de una medida que garantice la efectividad del derecho reclamado y permanezca mientras se encuentre el derecho que se quiere reclamar.

En palabras de Jorge Forero Silva el numeral 1 literal c del artículo 590 del código general del proceso es la reforma más importante en materia de medidas cautelares, por cuanto el nuevo estatuto procesal, que en esta materia sigue la doctrina alemana, le atribuye al juez más poderes, a fin de que se decrete como medida cautelar la que resulte más ajustada y razonable respecto al derecho que se reclama.

Las medidas cautelares innominadas previstas en la ley, que le otorgan facultad al juez para que las decrete según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias, se permiten en todo proceso declarativo, puesto que el literal c del artículo 590 que se complementa con el inciso inicial y con el numeral 1 del referido artículo, se refiere a su viabilidad siempre que se trate de procesos declarativos y el demandante la haya solicitado en cualquier momento.

A diferencia de las medidas cautelares nominadas, aquellas que se encuentran plasmadas en la ley, el nuevo estatuto procedimental, se aparta de enumerar las cláusulas que ha imperado en esta materia, para dotar al juez de un mayor poder cautelar, lo que le da la facultad de decretar una medida que resulte compatible con la pretensión aducida.

Nada impide que si el juez considera plausible el derecho reclamado, decreté medidas cautelares adicionales a las nominadas en la ley, eligiendo libremente la que resulte más idónea para evitar el riesgo de un fallo, en el transcurso del proceso el juez debe obrar en forma ponderada y racional tal como lo impone el artículo 590 del código general del proceso.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

“Las medidas cautelares innominadas han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege de manera provisional y mientras dura el proceso, teniendo en cuenta el tiempo de duración de los procesos judiciales” (Silva, 2014, p.28)

El ordenamiento protege preventivamente a quién acude a las autoridades judiciales, a reclamar un derecho con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada, por ello la medida busca asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, por cuanto los fallos serian ilusorios si la ley no establece mecanismos para asegurar su resultado, impidiendo la afectación del derecho controvertido.

Es así que cuando el artículo se refiere a “la proporcionalidad, necesidad y utilidad de la medida, otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre estas medidas, esto no quiere decir que el juez pueda de oficio inventar o decretar la medida que en su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte” (Silva, 2014, p30).

Para el autor Rolad Arizi, las medidas cautelares que en nuestro código general del proceso se denominan innominadas, son aquellas medidas indeterminadas, que surge de la necesidad de dar una tutela efectiva a los derechos que se protegen en el marco de un proceso, exigencia que presupone en muchos casos la adopción de medidas preventorias, es de ahí que se parte de la necesidad de dar una respuesta rápida y eficaz que evite un daño irreparable.

Pues bien el doctrinante hace referencia a la necesidad de decretar la medida cautelar en el derecho interamericano, más específicamente en los procesos transnacionales que concurren ante la comisión y la corte interamericana de derechos humanos las cuales con el propósito de evitar se genere un daño irreparable pueden adoptar medidas provisionales por iniciativa propia o a petición de parte según las facultades que otorga el artículo 29,1, 2 del reglamento interno (Arizi, 2007, p, 413).

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

De igual manera el doctínate Jairo parra, afirma que la medida cautelar o atípica es aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero que le da facultad al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la encuentra razonable. (Parra, 2013, p302).

Se considera entonces pertinente la medida cautelar innominada con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada, teniendo en cuenta la legitimación o interés para actuar, que debe estar incluido en la concepción de apariencia del buen derecho, para evitar la producción de un daño que se genere por la duración o el peligro en la demora del proceso. (Parra, 2013, P309, 313).

Así las cosas “el demandante debe indicar cuál es la medida cautelar que solicita para que el juez teniendo en cuenta la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, decreta a su consideración una menos gravosa o diferente a la solicitada” (Parra, 2013, p318).

El instituto colombiano de derecho procesal ha comentado respecto de las medidas cautelares, que uno de los objetivos principales de estas medidas es dar a los procesos declarativos un instrumento útil que posibilite el cumplimiento de las condenas que se impongan al decidir el litigio cuando el demandante acude a ellas, (Instituto,2014,P448).

De igual manera las medidas cautelares innominadas están encaminadas a mantener el estado de las cosas en que se encuentran al tiempo de demandar, evitando así una posible afectación durante el trámite del proceso.

Existe un grado de taxatividad en la norma puesto que la medida que se pretende decretar está limitada a ciertas circunstancias o reglas específicas que deben ser acatadas tanto por las partes como por el juez, una de estas características es la naturaleza de la pretensión que no es otra cosa más que una vez identificada la pretensión se examine las normas procesales para determinar si hay admisibilidad de cautelas para determinar si hay lugar a solicitarlas.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Otra características es *“la oportunidad, la cual una vez admitida la cautela se debe examinar el momento en que se puede pedir, en ocasiones la ley autoriza su solicitud antes de un proceso, en otras desde la presentación de la demanda y en cierto eventos desde que se dicte sentencia de primera instancia favorable para el demandante y en la misma se haya apelado, Instituto”*. (Parra, 2014, p449).

De igual manera se encuentra el tipo de medida, lo que conlleva a que una vez autorizada la medida se debe precisar cuál es la que procede para el caso en concreto ya sea aquellas que el legislador hace mención en la norma o aquellas medidas innominadas siempre que el precepto legal las autorice como en el caso de competencia desleal.

Así mismo está la exigencia de caución que es el acceso a la medida cautelar especificado en la ley para decretar cuando debe ser prestada es decir que la norma especifica el momento preciso para su exigencia.

Y finalmente se tiene la posibilidad de contracautión que *“es la posibilidad de impedir o levantar la caución ofreciendo otra caución que la reemplace en la cuantía y clase que se le permita”*. (Parra, 2014, p, 450).

Sobre las medidas cautelares innominadas el instituto colombiano de derecho procesal sostiene que están autorizadas para todo proceso declarativo sin importar cuál es la pretensión siempre que el demandante la haya solicitado, pues el legislador le otorgó al juez amplios poderes para decretar medidas cautelares en los procesos.

Para ello es necesario tener en cuenta la apariencia del buen derecho así como de la necesidad, pues de ello depende se decrete la cautela de carácter innominada teniendo en cuenta la sensatez y coherencia con lo reflejado en la demanda, (Parra, 2014, P456).

De igual manera el demandado tiene la oportunidad de ofrecer contracautela para impedir o levantar las medidas que fueron decretadas siempre que la pretensión sea de carácter patrimonial, pecuniaria o económica a fin de garantizar la eventual condena indemnizatoria.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Para la doctrina Mónica León, la aplicación de las medidas cautelares innominadas presentan múltiples controversias, por lo que los operadores jurídicos, los interesados, así como los afectados deben tener en cuenta dichas situaciones, puesto que la facultad que se le otorgó al juez puede en muchas ocasiones desbordar su finalidad.

Se hizo un trabajo de campo para el sustento de la investigación de medidas cautelares especificando los diferentes autos sustraídos del Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil,

El primer Auto escogido para el tema de investigación, (Mogollon, 2015). Auto proferido por el tribunal de Bogotá que tiene que ver con el objeto de la decisión, Se dirime el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto 44480 del 10 de octubre de 2014, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, delegatura para Asuntos Jurisdiccionales dentro del proceso verbal de protección al consumidor promovido por el señor Felipe Cadena contra construnova s.a.s.

El cual tiene los siguientes antecedentes, en el proveído materia de censura, el funcionario negó la medida cautelar deprecada por el promotor, apoyado en que no se percibe la vulneración o amenaza de sus derechos, por cuanto no hay evidencia que el inmueble se esté promocionando u ofreciendo por parte de la constructora, además, porque dicho bien no fue prometido en venta, como quiera que la etapa contractual no llegó hasta ese punto, en consecuencia, no es dable inferir la consumación de un perjuicio.

Inconforme con tal determinación, el apoderado del extremo activo formuló recurso de reposición y en subsidio apelación. Denegado el primero, se concedió el segundo por auto del 10 de abril de 2015.

El segundo auto desarrollado en el trabajo de investigación, (Mogollon, 2015) objeto a decidir, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia de fecha 27 de enero de 2015 proferida por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del asunto en referencia.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Antecedentes, en la providencia objeto de alzada, el a quo rechazó de plano la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extraprocesal. Señaló que, pese a que se solicitó el decreto de la medida cautelar de inscripción de la demanda, dicha cautela no es procedente, pues al pretenderse la resolución un contrato de promesa de compraventa, no se discute ningún derecho real de dominio.

Ante tal decisión, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, argumentando que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 590 literal b del Código General del Proceso, la medida cautelar resulta procedente, por ende, se le debe dar trámite a la demanda.

Por auto del 9 de febrero de 2015, el a quo no modificó su decisión y concedió la apelación.

Razonamiento que fundamenta la conclusión, el artículo 590 del Código General del Proceso (norma vigente a partir de 1° de octubre de 2012), dispone que, “En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares, b, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Precisándose en su párrafo primero que “en todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

Así, como el presente asunto se trata de un proceso en donde se solicita la resolución del contrato de promesa de compraventa por incumplimiento de la parte demandada responsabilidad civil contractual, y se condene al pago de la cláusula penal, la cual según lo ha dicho la jurisprudencia, puede cumplir varias funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, la de servir de medio para prefijar la indemnización de

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

perjuicios , no cabe duda que por la clase del proceso y la naturaleza de la medida solicitada, esta resulta procedente.

Ahora, importa precisar que “ una cosa es la viabilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial por el hecho de solicitarse una medida cautelar, y otra bien distinta es que concurran los requisitos para el decreto de la misma, cuestión que no es la que aquí debió exigirse, porque de lo que se trataba era de determinar lo primero, caso en que lo que debe examinarse es que la medida proceda, no sólo por la naturaleza de la misma, sino también por la clase de proceso en que ella se pretende; en otras palabras, que esté autorizada por el ordenamiento para esa especie de litigio” .

Puestas de este modo las cosas, no era viable rechazar la demanda por el motivo en cuestión, razón por la cual se impone revocar la decisión apelada y ordenar al fallador de primer grado pronunciarse nuevamente sobre la admisibilidad de la demanda.

Sin costas en esta instancia, en mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado ponente de la Sala Quinta de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

Resuelve, primero revocar el auto impugnado en consecuencia se dispone ordenar al a quo que se pronuncie sobre la admisibilidad de la demanda. Segundo. Sin costas en esta instancia.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Conclusiones.

Se incorporan las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos, como un instrumento útil que posibilitan el cumplimiento de las condenas que se impongan al decidir la Litis.

Las medidas cautelares innominadas que el legislador autoriza pero que no se encuentran de manera taxativa en la norma dan una utilidad para el caso en concreto, es decir cuando la medida cautelar innominada no está especificada en la norma.

Si la norma no define una cautela según la petición concreta el juez puede acudir a la medida cautelar innominada como instrumento de garantía procesal.

También se puede concluir que las medidas cautelares innominadas o genéricas no están autorizadas para ser aplicadas en los procesos ejecutivos o liquidatarios.

La necesidad de la medida cautelar innominada surge a través de los presupuestos procesales según las condición de procedencia del proceso, donde se demuestre que se pueda generar un perjuicio o daño irreparable por la demora en el proceso.

En el evento en el que surge la amenaza o la vulneración de un derecho se hace necesaria la medida cautelar para cesar un daño o perjuicio y evitar la causa y acción de un peligro inminente.

La necesidad de la medida cautelar innominada de la cautela sirve para satisfacer el derecho afirmado como fundamento de la pretensión o la diligencia

El juez puede decretar medidas innominadas de oficio por petición de parte, antes o después de presentada la demanda, en primera instancia.

La pretensión de la medida cautelar innominada es brindar una garantía al demandante en el proceso.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

La medida cautelar innominada sirve para defender y proteger los derechos involucrados en el proceso y para evitar que se generen perjuicios.

La medida cautelar innominada se crea con el fin de contemplar la posibilidad de ser decretada ya que no en todos los procesos existía la posibilidad de decretarlos.

La medida cautelar se aplica como un instrumento provisional que no puede ser de carácter permanente ya que cumple su función mientras dure el proceso.

El cambio fundamental se da por que el juez no tenía la posibilidad de garantizar la utilidad de un derecho que no estaba reglado en la norma ya que el legislador solo posibilitaba aplicar las que estaban taxativamente en la norma, por esta razón la corte constitucional le dio garantías que tienen sustento en la constitución política, a legislador para que este creara la medidas innominadas que desarrollan el principio de eficacia e igualdad.

Utilidad de las medidas cautelares innominadas

Referencias.

- Arizi R. (2007). Medidas Cautelares, Buenos Aires, 3° edición, editorial Astrea.
- Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, (2015, Abril), “Auto No 2”, Revoca.
- Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, (2015, Enero), “Auto No 44480”.
- Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, (2015, abril), “ Auto No fl.38c.1, confirma
- Colombia. (2016). Constitución Política de Colombia, artículo 29 ss, ed.36, Legis.
- Colombia (2016). Código General del Proceso, ley 1564 del 2012, artículo 590, numeral 1, literal c, primera edición, Bogotá, editorial Legis.
- Henao O. (2015). Código General del Proceso anotado, Bogotá, Colombia, edit, Leyer, edición 5°.
- León M. (2016). Aspectos controversiales de las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso, XXXVII Congreso colombiano de derecho procesal, 1° edición, universidad libre.
- Parra J. (2014) ley 1564 del 2012, Código General del Proceso comentado, Bogotá, Colombia, primera edición.
- Parra J. (2013). XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, Colombia, primera edición, editorial Universidad Libre, editorial, Temis.
- Silva J. (2014). Medidas Cautelares en el Código General del Proceso, segunda edición, Bogotá, editorial Temis, s.a
- Silva J. (2014). Medidas cautelares en el código general del proceso, gota, edit.