

TEMA: MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS DECLARATIVOS - actuaciones necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. /

TESIS: (...) A las medidas cautelares se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las actuaciones necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. (...). (...) sostiene la alta Corte que aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley. (...). (...) La Jurisprudencia definió la apariencia de buen derecho como "...se basa en la probabilidad o verosimilitud del derecho alegado por el actor en su demanda", o en otros términos, que "tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico". 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.

MP. JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO

FECHA: 22/05/2023

PROVIDENCIA: AUTO

JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO
Magistrado

Referencia: VERBAL – IMPUGNACION DE ACTAS DE ASAMBLEA
Demandante: ALVARO MAESTRE ROCHA
Demandado: INSTITUCION UNIVERSITARIA VISION DE LAS AMERICAS
Decisión: Confirma auto
Radicado: 05001 31 03 014 2022 00382 02
Auto Nro.: 060

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Medellín, veintidós de junio de dos mil veintitrés

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la providencia emitida el 24 de marzo de 2023 por el JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, mediante la cual se resolvió de forma desfavorable la solicitud de medida cautelar innominada.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso de la referencia, mediante providencia del 12 de diciembre 2022 se admitió la demanda verbal de impugnación de actas de asamblea que promueve Álvaro Maestre Rocha en contra de la Institución Universitaria Visión de las Américas, decretándose como medida cautelar la suspensión de los efectos de la Asamblea General del 26 de septiembre de 2022 en lo concerniente a (i) Privación del derecho al voto que le corresponde al demandante como miembro fundador de la institución universitaria, (ii) Modificación del código de buen gobierno y conformación del comité de ética y buen gobierno, (iii) Designación de seis nuevos miembros para el consejo superior y (iv) Decisiones adoptadas al margen del orden del día. (folio 08 [C01Principal](#))

Posterior, la entidad demandada por medio de apoderado judicial solicitó como medida cautelar innominada (i) *Ordenar al demandante, en su calidad de*

rector de la Institución, abstenerse de desplegar funciones de representación legal en lo referente al trámite del presente proceso, al estar estas en cabeza de la doctora MARGARITA CARMONA GIRALDO, y (ii) Ordenar al Rector abstenerse de impedir, obstaculizar o entorpecer de cualquier manera el pago a POSADA, SIERRA & CASTAÑO por parte de la INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA VISIÓN DE LAS AMÉRICAS, incluyendo la prohibición de rechazar facturas con ocasión del Contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado para la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta que dicha labor está en cabeza de la doctora MARGARITA CARMONA GIRALDO.

Al respecto, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín quien asume el conocimiento del proceso, resolvió en providencia del 24 de marzo de 2023 de forma desfavorable la solicitud de medida cautelar innominada, aduciendo para ello, que no se evidencia que las medidas solicitadas resulten adecuadas para la protección del derecho objeto de litigio o para la prevención o cesación de daños, ello por cuanto las mismas van encaminadas a la defensa de los intereses de los apoderados para el pago de las facturas libradas con ocasión del contrato de prestación de servicios y no en beneficio de la parte.

Frente a dicha decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación; corrido el respectivo traslado a la parte contraria, se negó el horizontal y se concedió el de alzada.

Como fundamento de su disenso sostuvo que, persigue con la medida la protección del derecho objeto del litigio, prevenir daños y hacer cesar los que se están causando, argumentando que, si el demandante impide a la demandada pagar a su apoderada, esta podrá resolver el contrato celebrado, sin la posibilidad de tener una defensa técnica al interior del proceso. Así mismo, advirtió que el rector de la Institución presenta un conflicto de intereses, teniendo de presente que es el acá demandante y puede impedir el pago de las obligaciones contraídas con el apoderado de la demandada.

En este orden, siendo la oportunidad para resolver, a ello se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. A las medidas cautelares se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las actuaciones necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tienen entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional respecto del acto del juez conductor del proceso.

Es así como en el régimen jurídico, las cautelas están concebidas como un instrumento legal que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho 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.

Para ello los estatutos procedimentales han establecido en su orden cuáles medidas son procedentes, en qué forma deben realizarse y de acuerdo al trámite procesal su viabilidad y pertinencia.

Dispone el numeral 1º, literal C del Art. 590 del Código General de Proceso, otras cautelas posibles en los 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.

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."

En concreto, para decretar las medidas innominadas conforme lo dispone la normatividad en cita, se le imponen al Juez unas cargas al momento de discernir tales cautelas, que sintetiza el tratadista Jairo Parra Quijano, así:

- i) Apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes.
- ii) Apreciar la Existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Es decir. el peligro en la demora (periculum in mora). Al indicar que el juez tendrá en cuenta la **necesidad** ha de entenderse que exista riesgo que requiere pronta atención, que sea **efectiva** para cumplir cualquiera de los eventos plasmados en el inciso primero del literal c) del artículo en comentario, y además tendrá en cuenta la **proporcionalidad** de la medida, es decir, hacer una ponderación teniendo en cuenta dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.

- iii) Además, tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho (*fumus boni juris*), es decir, siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud depende del contenido del derecho material de la “alegación”, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención.

En este sentido, para que esta medida proceda es necesario que el juez evalúe la legitimación de las partes, la existencia de amenaza o de vulneración de un derecho y la apariencia de buen derecho, lo mismo que la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la misma; y en tal sentido quien solicite la medida deberá esmerarse por sustentarla adecuadamente y aportar los elementos de juicio que le ofrezcan apariencia de buen derecho a sus pretensiones, lo que estimula la actividad probatoria extraprocesal del interesado¹.

La prescripción transcrita, permite distinguir, que la medida cautelar, además de ser discrecional, también lo es, que al momento de su decreto el Juez debe desplazarse dentro del margen de violación que surja del examen de la probanza aportada y de ahí entonces, que sea imprescindible que se ostente lo que doctrinariamente ha sido denominado como la apariencia del buen derecho, por cuyo reclamo aboga; requisito al que se suma el presupuesto axial de evitar la consumación de perjuicios graves.

La Jurisprudencia² definió la apariencia de buen derecho como “...se basa en la probabilidad o verosimilitud del derecho alegado por el actor en su demanda³”, o en otros términos, que “tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico⁴”.

¹ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, “CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO” 2012, Ed. ESSAJU, Pág. 612

² Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 28 de julio de 2015. M.P. Luis Roberto Suarez Gonzalez. Exp. 01-2014-77389-01

³ Barahona Vilar Silvia, Competencia Desleal, Tiran Lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, Pág. 1943

⁴ Ulate Chacón Enrique, “Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional”, Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre -Diciembre 2007.

Sobre el tema la Jurisprudencia extranjera⁵ indicó: *"Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud, ya que el juicio de veracidad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que es otra que atender a aquello que no excede el marco hipotético, dentro del cual agota su virtualidad."*⁶ *"De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido no un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya índole y extensión han de ser dilucidado con posterioridad, bastando que a través de un estudio prudente sea dado percibir un fummus bonis iuris en el peticionante."*⁷

2. En el caso *sub judice*, dentro del proceso verbal de impugnación de actas de asamblea que promueve Álvaro Maestre Rocha en contra de la Institución Universitaria Visión de las Américas de radicado [05001-31-03-014-2022-00382-02](#), pretende la entidad demandada se decrete en el trámite procesal las siguientes medidas cautelares innominadas (i) *Ordenar al demandante, en su calidad de rector de la Institución, abstenerse de desplegar funciones de representación legal en lo referente al trámite del presente proceso, al estar estas en cabeza de la doctora MARGARITA CARMONA GIRALDO, y (ii) Ordenar al Rector abstenerse de impedir, obstaculizar o entorpecer de cualquier manera el pago a POSADA, SIERRA & CASTAÑO por parte de la INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA VISIÓN DE LAS AMÉRICAS, incluyendo la prohibición de rechazar facturas con ocasión del Contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado para la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta que dicha labor está en cabeza de la doctora MARGARITA CARMONA GIRALDO."*

Por su parte, el juez de conocimiento destacó que no se evidencia que las medidas solicitadas resulten adecuadas para la protección del derecho objeto de litigio o para la prevención o cesación de daños, por cuanto las mismas van encaminadas a la defensa de los intereses de los apoderados para el pago de las facturas libradas con ocasión del contrato de prestación de servicios y no en beneficio de la parte. Así mismo, indicó

5 CFCA, 1ª, 12-9-95, "Mongues c/UBA". Publicado en Revista de Derecho Procesal, I. Medidas Cuatelares. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pág. 406

6 CSJN, 30-5-95 "Biliarda S A c/Mendoza, Prov. De S/Acción Declarativa" Buenos Aires. Argentina.

7 CFCA, 1ª, 12-9-95, "Mongues c/UBA". Publicado en Revista de Derecho Procesal, I. Medidas Cuatelares. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pág. 406.

que las medidas no están dirigidas, a garantizar la efectividad de la sentencia que llegare a producirse, ni a mantener el estado de las cosas actuales, o evitar la vulneración del derecho objeto de las pretensiones.

Así, sostiene la alta Corte que aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley⁸.

Bajo esta línea argumentativa, si bien, dentro de los parámetros de equidad dispone la norma que la parte demandada puede solicitar medidas dentro del proceso, no obstante, una vez analizadas las actuaciones surtidas se advierte que, como medida innominada no es posible ordenar al rector de la Institución Educativa que se abstenga de desplegar funciones de representación legal en lo referente al pago de honorarios del apoderado de la parte demandada dentro del trámite del presente proceso, con fundamento en lo que pasa a explicarse,

- (i) No se prueba la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.
- (ii) La pretensión de medida innominada carece de apariencia de buen derecho,
- (iii) No se encuentra fundada la razonabilidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.
- (iv) Existen otras vías o mecanismos jurídicos y administrativos para controvertir el fin mismo perseguido con la medida.

⁸ STC3917-2020 Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona.

Sustenta el recurrente la existencia de amenaza o vulneración del derecho de defensa, fundamentado en un supuesto de incumplimiento contractual en el pago de honorarios por parte del demandante, no obstante, no reposa prueba de elementos de juicio que demuestren la vulneración, ni el grado de probabilidad para la consumación del mismo hecho que interfiera en el derecho de defensa de la parte demandada. Al contrario, los postulados del derecho de defensa y contradicción previstos en el artículo 49 y siguientes de la Carta Política se constatan en el trámite procesal aducido, teniendo de presente que la Institución cuenta con debida representación legal y ha actuado de conformidad a los términos procesales. Además, no es admisible atacar controversias contractuales o administrativas por la vía recurrida.

Nótese, que la parte actora dentro del término de traslado del recurso de reposición, indicó que *“el Rector, mediante las Resoluciones Rectorales N° 193 del 23 de agosto de 20223 y 334 del 1o de diciembre de 2024 emitió autorización especial y concreta a la señora MARGARITA CARMONA GIRALDO, en calidad de Vicerrectora Académica, para que funja como Representante Legal de la Institución en todo lo relativo a los procesos de impugnación de actos de asamblea general en los que el Rector actúe como demandante; sin embargo, el acto rectoral no implica delegación de facultades de contratación en la Vicerrectora Académica, las cuales permanecieron en cabeza de los Funcionarios habilitados para ello. Estatutariamente, la facultad de contratación radica en cabeza del Representante Legal de la Institución y en quienes sea delegada por este.”*

Al margen de lo anterior, no se avizora en este caso que se den los requisitos establecidos para el decreto de la medida innominada conforme lo dispone el artículo 590 del Código General del Proceso en lo que concierne a la razonabilidad de la medida con el objeto de litigio, pues lo pedido no se trata de una cautela, sino de controversias contractuales o administrativas, donde el demandando cuenta con otras vías para hacer valer los derechos que considera conculcados. Además de lo descrito, diáfano resulta probatoriamente la apariencia de buen derecho que se requiere para el decreto de la medida respecto del acto de asamblea

impugnado; esto del 26 de septiembre de 2022, teniendo en cuenta que, no es objeto de litigio, ni se cuestionó en dicho acto la representación legal del señor Álvaro Maestre Rocha en su calidad de rector de la Institución Universitaria Visión de las Américas, además de lo descrito, no se percibe conflicto de interés alguno; en consecuencia, ante la carencia de exigencias indispensables para el decreto de las llamadas medidas innominadas que se encuentran establecidas en la norma procesal, se tiene que deviene improcedente la solicitud de medida.

Así las cosas, sin argumentaciones adicionales el auto motivo de apelación debe ser CONFIRMADO. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,**

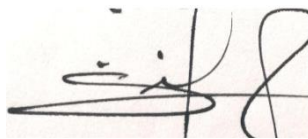
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de fecha y procedencia indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO. Para los efectos del inciso segundo del artículo 326 del C. General del P., se ordena comunicar lo decidido.

NOTIFÍQUESE



JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO

Magistrado