

# MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y EN ACCIONES POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, ¿UN CAMINO HACIA EL PREJUZGAMIENTO?\*

*José Fernando Sandoval Gutiérrez\*\**

## **Resumen**

El propósito del presente artículo es mostrar de qué forma las decisiones sobre medidas cautelares innominadas adoptadas en procesos de competencia desleal y en procesos de infracción de derechos de propiedad industrial pueden implicar una situación de prejuzgamiento. Para llegar a esa conclusión será necesario hacer una contextualización histórica y normativa sobre la herramienta procesal conocida como “medidas cautelares innominadas” y, en seguida, proceder a hacer un análisis crítico sobre la aplicación de las mismas en el marco de las

Recibido: diciembre 4 de 2015 - Aprobado: febrero 24 de 2016

\* Artículo inédito.

Para citar el artículo: SANDOVAL, José Fernando. “Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hacia el prejuzgamiento?” *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 153- 176.

\*\* Abogado (Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga), Especialista en Derecho Procesal (Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga), Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible (Universidad Externado de Colombia), Especialista en Derecho Comercial (Universidad de los Andes), Estudiante de Maestría en Derecho (modalidad investigativa) (Universidad de los Andes), Coordinador del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (Actualmente).

aludidas materias. Al finalizar, el lector encontrará que en efecto existe prejuzgamiento, en tanto que el juez al momento de dictar sentencia se encuentra “atado” a los argumentos y conclusiones expuestos en el auto que decidió sobre la solicitud de medidas cautelares, salvo que durante la etapa probatoria se recauden elementos tan contundentes que un cambio de decisión no implique consecuencias negativas como la violación a la seguridad jurídica, violación del precedente horizontal, violación al principio de buena fe y confianza legítima o un error en la actividad jurisdiccional.

**Palabras clave:** Medidas cautelares innominadas, competencia desleal, propiedad industrial, apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, prejuzgamiento.

### Abstract

The article purpose is to evidence how intangible precautionary measures adopted on unfair competition and industrial property processes might be involve on a prejudgment situation. In order to pursue this conclusion, it would be necessary to do a historical and normative contextualization about this procedural tool known as “Innominated precautionary measures”, and then, proceed to make a critic analysis about its application in the scenario of the mentioned processes. At the end, the reader would find that in fact the judge is prejudging, as he, at the moment of sentencing, is “tight” to the arguments and conclusions supported on the precautionary measures decision, unless that in the evidence stage, strong elements are collected that have sufficient force, that a decision change does not cause negative consequences such as a harm to legal certainty, violation of judicial precedent, violation to the principle of good faith and legitimate expectations or a mistake in the judicial process.

**Key words:** Intangible precautionary measures, unfair competition, industrial property, appearance of good law, *fumus boni iuris*, prejudgment.

## Introducción

Las medidas cautelares innominadas traídas por el Código General del Proceso representan, a su manera, una innovación en el sistema procesal colombiano si tenemos en cuenta la expansión que de ellas se hizo a todos los procesos declarativos y que, además, fueron plasmadas en la nueva norma adjetiva de manera muy nutrida en cuanto a su finalidad y criterios orientadores para su decreto, entre otras características que fueron bien expresadas por el

legislador. El presente artículo tratará principalmente sobre esta herramienta y su utilización en el trámite de procesos por actos de competencia desleal y de infracción de derechos de propiedad industrial, con la pretensión de poner en evidencia el riesgo de prejuzgamiento al que está expuesto el funcionario judicial.

La tesis que se defenderá consiste en que las medidas cautelares innominadas, establecidas en el Código General del Proceso, y aplicables a los procesos jurisdiccionales por actos de competencia desleal y a las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, pueden llegar a generar una situación de prejuzgamiento en aquellos casos en los que a lo largo de la etapa probatoria no se recauda ningún elemento de convicción que sea determinante para que la decisión contenida en la sentencia sea diferente a la adoptada a instancia cautelar. Lo anterior, a pesar de que diferentes sectores han afirmado categóricamente que no existe prejuzgamiento en la etapa cautelar.

Para lograr este propósito, se iniciará con una breve exposición sobre aspectos generales de las medidas cautelares. Después, se revisarán solo algunos antecedentes de las medidas cautelares de tipo innominado en Colombia. En seguida, se esbozará la figura cautelar en el Código General del Proceso para después hacer una precisión sobre los criterios orientadores que dicho código le dio al funcionario judicial, a fin de decidir sobre su procedencia. Más adelante, se precisará el concepto de “prejuzgamiento” y se expondrá la negación que de tal hecho afirman autores y autoridades. Finalmente, se analizará la posible configuración del prejuzgamiento en la etapa cautelar al interior de procesos por actos de competencia desleal y por infracción de derechos de propiedad industrial. Todo este camino llevará a la comprobación de la tesis propuesta.

## **1. Algunas generalidades en torno a las medidas cautelares.**

Las medidas cautelares son una herramienta otorgada por el Derecho procesal, que resulta de máxima utilidad para garantizar la tutela judicial efectiva, la cual, puede ser entendida, en palabras de Couture, como “la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas”<sup>1</sup>.

Al respecto de estas providencias afirmó Carnelutti: “Puesto que, como se ha dicho, la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más

---

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma). Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958. p. 479.

idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome nombre de *providencia cautelar*: cautela, de *cavere*, significa precisamente diligencia, previsión o precaución”<sup>2</sup>.

El ordenamiento jurídico colombiano, para el caso de los procesos declarativos, permite mediante esta valiosa figura que quien considere amenazados o transgredidos sus derechos pueda solicitar ante la autoridad con poder jurisdiccional: a) la protección del derecho, que es, o será, objeto de litigio, b) que se impida su infracción o se eviten las consecuencias derivadas de la misma, c) que se prevengan daños, d) que se hagan cesar los que se hubieren causado, o e) el aseguramiento de la efectividad de la pretensión<sup>3</sup>. Es decir, que existe multiplicidad de finalidades inmediatas a las que están orientadas las cautelas.

Se puede destacar en ellas las siguientes características, que le dan contenido. Por una parte, las medidas cautelares son *accesorias* o *instrumentales* en tanto que, como lo señala Couture, “solo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal”<sup>4</sup>. En esa medida, si el proceso principal no se promueve, las medidas cautelares decretadas deben perder sus efectos, igual consecuencia deberá producirse una vez el proceso termine.

Por otra parte, estas son *provisionales*<sup>5</sup>, esto es, no definitivas, “pues subsisten solo mientras duran las circunstancias que las generaron”<sup>6</sup>, lo cual, las hace susceptibles de modificación, sustitución o cese<sup>7</sup>. La doctrina ha coincidido en el carácter provisional y por tanto no definitivo de las medidas cautelares. Redenti refiere como carácter común de todos los medios instrumentales, entre ellos las cautelas, que: “pueden ser utilizados autoritativamente antes de llegar a resultados finales, que no se sabe aún cuales habrán de ser, pero que se los adopta para asegurar que estos resulten en su tiempo ‘justos’

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. pp. 412-413.

<sup>3</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 12 de julio de 2012. Artículo 590 numeral 1, literal C.

<sup>4</sup> COUTURE. Op. cit., p. 326.

<sup>5</sup> Sobre esta característica se hace necesario profundizar más adelante.

<sup>6</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Las Cautelas Procesales. Crítica a las medidas precautorias. Primera edición. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 56.

<sup>7</sup> El artículo 590 del Código General del Proceso establece en un aparte del numeral 1 literal C, al referirse a las medidas cautelares, que: *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.*

y eficaces, evitando que la preocupación de la justicia ceda en desventaja de la futura eficacia, o viceversa, la de la eficacia en menoscabo de la justicia”<sup>8</sup>.

De igual forma, afirma Gozaini que: “una medida precautoria no anticipa el mérito del derecho planteado sino que ampara provisionalmente la cosa o personas que son objeto del debate entre partes; esa provisoriedad caracteriza lo cautelar, que culmina su función con la sentencia de mérito, que es la única vía desde la cual se puede esperar tutela judicial efectiva”<sup>9</sup>.

Sobre este mismo aspecto, afirma Calamandrei que: “la cualidad de provisoriedad dada las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal (...), sino que tienen una duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva”<sup>10</sup>.

Parra Quijano anota que “las medidas cautelares se decretan mediante un conocimiento sumario –respecto de la existencia del derecho alegado por el peticionario y del peligro de su lesión o frustración- que además es unilateral y por ende necesariamente debe ser provisional”<sup>11</sup>.

Finalmente, señala Rocco que son *preventivas*, al tener en cuenta que son aptas para “hacer imposible la mutación del estado de hecho o de derecho, frustrando la posibilidad de una acción dañosa o peligrosa”<sup>12</sup>.

En Colombia, es de vieja data la existencia de medidas cautelares dentro del procedimiento civil, es así como encontramos en la Ley 105 de 1931, *Sobre organización judicial y procedimiento civil*, varias disposiciones relativas a embargo y secuestro. De hecho, en el título V, denominado *acciones accesorias*, el capítulo I está dedicado al *embargo y secuestro preventivos*. Por su parte,

---

<sup>8</sup> REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. p. 245.

<sup>9</sup> GOZAINI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Derecho Procesal, Medidas cautelares*. Primera edición. Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2009, p. 657-658.

<sup>10</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima:ARA Editores, 2005. p. 36-37.

<sup>11</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 92.

<sup>12</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V Parte Especial Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1977. p. 77.

el Decreto 1400 de 1970, conocido como Código de Procedimiento Civil, conservó un libro dedicado a las medidas cautelares que incluyó un título para el embargo y secuestro, pero además se refirió a las medidas cautelares en procesos ordinarios, en los que se mencionan la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles. Hasta este punto del avance legislativo, se puede afirmar que las medidas cautelares gozaban de un carácter taxativo, en tanto que las que podían decretarse eran específicamente las mencionadas en la ley y para los casos señalados en ella. No obstante, algunas normas habilitaban al juez para el libre diseño de la medida, figura que en adelante se denominará “medidas cautelares innominadas”. En ellas, el operador de justicia estaba facultado para diseñar la que más se ajustara al caso, posibilidad bastante anormal si tenemos en cuenta la tradición fundada en la preferencia por las medidas cautelares taxativas.

Las medidas cautelares de tipo innominado no son una figura de reciente aparición en Colombia, como tal vez podría pensarse. Sin embargo, hay que reconocer que con ocasión de la expedición de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) esta herramienta procesal ha adquirido un nuevo papel protagónico dentro de la legislación adjetiva colombiana. A continuación, se hará una breve revisión de algunos antecedentes normativos que permitirá observar claramente que la legislación procesal local no ha sido históricamente ajena a las medidas cautelares innominadas.

## **2. Breve revisión de algunos antecedentes históricos de las medidas cautelares innominadas en Colombia.**

Seguidamente, se expondrán solamente algunos antecedentes históricos que demuestran que las medidas cautelares son de antigua existencia dentro de la legislación colombiana. Es importante advertir que esta descripción no pretende agotar la totalidad de los antecedentes, sino traer a la luz algunos de ellos que fueron seleccionados de acuerdo a los temas sustanciales centrales de este escrito.

El Código de Comercio, adoptado mediante el Decreto 410 de 1971, señalaba en el inciso segundo de su artículo 76 lo siguiente: “El juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria, de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso”.

Como puede observarse, en materia de competencia desleal, el funcionario judicial se encontraba habilitado por la legislación comercial para la adopción

de medidas cautelares sin que estuviera obligado por un sistema taxativo, pues la facultad otorgada por la ley le permitía decretar las que estimara **necesarias**, esto es, la que se ajustara al caso que se sometía a su conocimiento.

Posteriormente, la disciplina de la competencia desleal fue regulada a través de la Ley 256 de 1996, que incluía un artículo especialmente dedicado a las medidas cautelares, se trata del 31 que señaló lo siguiente: “Comprobada 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 (...)”.

En este caso, la ley de competencia desleal conservó en cabeza del juez la facultad de decretar medidas cautelares por fuera de un esquema taxativo, lo cual le permite adoptar aquellas que resultaran pertinentes. Esto último implica que el administrador de justicia debe diseñar y decretar la que más se ajuste a las circunstancias particulares del caso al que se está enfrentando.

Volviendo al Código de Comercio de 1971, se puede citar el artículo 568 según el cual:

El titular de una patente o de una licencia podrá solicitar del juez que tome las medidas cautelares necesarias, para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de la patente.

(...)

Las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringen la patente, o en cualquiera otra medida equivalente.

Nótese que la misma fórmula fue adoptada en materia de patentes, ya que se permitía al juez, por solicitud del titular o del licenciario de tal privilegio, tomar las medidas cautelares necesarias para evitar la infracción a los derechos de propiedad industrial. En este caso, tampoco se encontraba sometido el funcionario judicial a un sistema de medidas cautelares taxativas, aunque el inciso tercero del artículo enunció algunas de las medidas que podría ordenar, pero siempre se le permitía la libertad de diseñarla de acuerdo a las particularidades del caso, pues podía optar por las que allí se enlistaban o cualquiera otra equivalente.

Posteriormente, Colombia adoptaría una nueva legislación en materia de propiedad industrial contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comisión

de la Comunidad Andina. Dicha norma, a partir de su artículo 245, incluyó un capítulo dedicado a las medidas cautelares. El tenor de la norma es el siguiente: “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”<sup>13</sup>.

El aludido capítulo tiene una particularidad consistente en que el artículo 246 contiene un listado de medidas cautelares que pueden ser ordenadas, *verbi gracia*, el cese inmediato de los actos que constituyen la presunta infracción (literal a) o el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción (literal b), entre otras. Sin embargo, no debe perderse de vista que no se trata de un listado taxativo, es meramente enunciativo<sup>14</sup>, y en esa medida el juez cuenta con libertad para decretar medidas cautelares diferentes, claro está, mientras se cumpla con alguno de sus propósitos, esto es, impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, se obtenga o conserven pruebas, o se asegure la efectividad de la acción o el resarcimiento de daños y perjuicios.

### **3. Las medidas cautelares innominadas contenidas en la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).**

La Ley 1564 de 2012 extendió la posibilidad de decretar medidas cautelares innominadas a todos los procesos declarativos. Así desapareció la aplicación aislada de esta herramienta que se encontraba reservada a algunos procesos en particular. La parte pertinente del artículo 590 señala lo siguiente:

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

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

<sup>13</sup> PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.

<sup>14</sup> El artículo 246 comienza diciendo “Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares”, por ello, se debe entender que el listado no limita la labor del juez, pues bien puede decretar esas u otras diferentes.

(...)

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.

La terminología utilizada por el nuevo estatuto procedimental da cuenta de la posibilidad otorgada al juez de tomar, al interior de los procesos declarativos, cualquier medida cautelar que encuentre razonable. Así las cosas, el funcionario cuenta con libertad para el diseño de la medida, todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Ahora bien, lo interesante de esas medidas innominadas no se agota con el comentario anterior, es por esto que se hace necesario profundizar en la figura acogida por el legislador colombiano, pues en ella se encuentran diversos conceptos que requieren de precisiones teóricas, en la medida en que apenas fueron enunciados pero no se les dio contenido a nivel legal.

La disposición normativa antes referida, pese a la libertad que otorgó al juez para el diseño de la medida, no lo invistió con facultades irrestrictas. Es la misma norma la que fija los límites a su labor y señala todas aquellas circunstancias que debe tener en cuenta antes de tomar la decisión.

De esta forma, el juez, para proceder al decreto de la medida cautelar, debe apreciar **a)** la legitimación o interés de las partes, **b)** la existencia de una amenaza o vulneración del derecho, **c)** el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, **d)** la necesidad de la medida, **e)** su efectividad y **f)** la proporcionalidad. Como el lector puede haberlo concluido en este momento, estos requisitos constituyen una garantía para evitar el ejercicio desbordado de la labor de administrar justicia. En ese sentido, no debe entenderse que en Colombia el poder de diseñar la medida cautelar puede ejercerse de manera arbitraria, ya que siempre estará acompañado de criterios orientadores que el juez no puede ignorar. Sin embargo, esos criterios carecen de definición legal. Pero, en buena hora, esa ausencia permitirá que las próximas líneas sean dedicadas a darles contenido.

#### **4. Criterios orientadores de la función judicial para el decreto de medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso.**

A continuación, se hará una exposición de las herramientas que el Código General del Proceso otorgó al juez para decidir sobre el decreto de una medida cautelar bajo el uso de criterios objetivos previamente establecidos.

#### 4.1 La legitimación o interés de las partes.

Esta dependerá del caso que se haya sometido al conocimiento del juez, al respecto expresa Jové: “lógicamente, las personas físicas o jurídicas que tengan la consideración de parte en el proceso principal serán las que, a su vez, tengan tal calificación en el procedimiento cautelar”<sup>15</sup>. Así pues, las mismas reglas de legitimación aplicables para el desarrollo del proceso como tal son las que se utilizan para determinar si el solicitante de la medida cautelar está legitimado para elevar su petición.

#### 4.2 La existencia de amenaza o vulneración del derecho.

Rocco trata esta parte del análisis bajo la denominación de “peligro” y afirma que el peligro en el Derecho procesal es “la potencia o la idoneidad de uno de tales hechos<sup>16</sup> de ocasionar el sacrificio o la restricción, o de un derecho o interés de derecho sustancial o de un derecho o interés de derecho procesal”<sup>17</sup>.

De acuerdo con las enseñanzas de Calamandrei: “por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo”<sup>18</sup>.

De esta manera, al tratarse de la verificación de la existencia de amenaza o vulneración del derecho, es labor del juez analizar las circunstancias de hecho del caso con el ánimo de establecer si existe la posibilidad de que el derecho del reclamante pueda ser vulnerado, o que al ser ya vulnerado eso pueda continuar.

#### 4.3 La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

Quien acude ante la jurisdicción en búsqueda de una solución a su circunstancia problemática solamente tendrá certeza sobre la existencia o inexistencia de su derecho cuando sea proferida la sentencia. Pero, al tratarse de la provi-

---

<sup>15</sup> JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1995. p. 167.

<sup>16</sup> Los hechos a los que se refiere el autor son los de la naturaleza, los de los animales o los hombres. Pueden ser voluntarios o involuntarios y constituyen una acción o una omisión.

<sup>17</sup> ROCCO. Op. cit., p. 54.

<sup>18</sup> CALAMANDREI. Op. cit., p. 78.

dencia cautelar, decía Calamandrei: “basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”<sup>19</sup>.

En este mismo sentido, para Carnelutti, al referirse al proceso cautelar, “su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica”<sup>20</sup>.

Así, la apariencia de buen derecho, o *fumus boni iuris*, hace referencia a que el juez, al momento de decidir si adopta o no una medida cautelar, deberá verificar, no con grado de certeza, sino con grado de probabilidad, la existencia del derecho cuya vulneración o amenaza es alegada por el solicitante. En palabras de Calderón: “el solicitante, por tanto, debe justificar su derecho no en términos de certeza sino de verosimilitud. No basta la mera afirmación pero tampoco se exige o debería exigirse un título ejecutivo”<sup>21</sup>. Según Redenti: “el conceder o no las providencias cautelares, depende de una apreciación de probabilidad del juez acerca del presumible fundamento de la acción-pretensión de fondo”<sup>22</sup>.

Bajo el entendido de que el análisis en la etapa cautelar no exige grado de certeza, diversos autores han podido concluir que hay inexistencia de prejuzgamiento, en tanto que ese nivel solo se alcanza al momento de dictar sentencia. No obstante, la génesis del problema que se ha planteado es precisamente lo que ocurre al hacer el análisis de la apariencia de buen derecho, pues, aunque allí no se decide de fondo la *litis*, si se crea un lazo con los futuros argumentos y conclusiones que habrán de resolverla.

#### **4.4 La necesidad de la medida cautelar (*periculum in mora*).**

La demora normal del proceso judicial puede conllevar al agravamiento de los daños que motivaron precisamente al demandante a poner en acción el aparato jurisdiccional. El *periculum in mora* constituye ese riesgo que aparece contra el demandante, debido al tiempo que puede tardar proferir la providencia definitiva dentro del proceso. Esta mezcla de necesidad y urgencia es lo que abre

---

<sup>19</sup> CALAMANDREI. Op. cit., p. 76.

<sup>20</sup> CARNELUTTI. Op. cit., pp. 413-414.

<sup>21</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 162.

<sup>22</sup> REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. p. 245.

la posibilidad de que se decreten medidas cautelares entendidas como la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”<sup>23</sup>. En este mismo sentido, afirma Rocco que el *periculum in mora* consiste en: “la posibilidad de que en el periodo de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitando su realización por medio de los órganos jurisdiccionales”<sup>24</sup>.

De ese modo, cuando una *litis* es puesta en manos del juez, este deberá verificar que existe el peligro en la demora que corre contra los intereses del reclamante de justicia, peligro que hará empeorar su situación de no decretarse la providencia cautelar. De igual forma, si no existe el peligro, no se justifica la adopción de las medidas. En ese caso deberán ser desestimadas y el demandante deberá esperar la decisión que ponga fin a la controversia, pues solo hasta ese momento se dará una solución a su caso.

#### 4.5 La efectividad de la medida cautelar.

El carácter instrumental de la medida cautelar, explica Calamandrei, “determina que su emanación presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal”<sup>25</sup>, esto es, de la sentencia. Cuando se habla de la efectividad de la medida cautelar, para seguir a Calamandrei, se hace referencia a esta como un medio “para asegurar la eficacia práctica de una providencia principal, en la hipótesis de que esta tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles”<sup>26</sup>. Esto quiere decir, que la medida cautelar debe ser entendida como una forma de anticipación de los efectos de la sentencia y, en ese sentido, el juez habrá de decretarla si al momento de tomar la decisión puede prever que el solicitante cuenta con probabilidades –a su favor– de obtener una sentencia favorable.

#### 4.6 La proporcionalidad de la medida cautelar.

Cuando el juez analiza el caso dentro del que se solicita la medida, será su deber diseñar una de tipo innominado, que sea lo menos perjudicial posible para la parte que debe soportarla. Ahora bien, a pesar de ese deber de cuidar

<sup>23</sup> CALAMANDREI. Op. cit., p. 45.

<sup>24</sup> ROCCO. Op. cit., p. 77.

<sup>25</sup> CALAMANDREI. Op. cit., p. 74.

<sup>26</sup> Ibid., p. 76.

de alguna manera los intereses del afectado, el juez no podrá perder de vista los fines perseguidos con la institución cautelar, de manera que tendrá que moverse dentro de esos dos límites: de un lado, los intereses en juego de la parte pasiva, y del otro, los fines que se persiguen con la herramienta procesal.

## 5. El prejuzgamiento en el trámite cautelar.

Como ocurre con muchos conceptos en el Derecho, el prejuzgamiento no cuenta con una definición de carácter legal, por lo que a continuación se intentará precisar el alcance de lo que podría entenderse por “prejuzgar”, que, aunque parece algo obvio, resulta importante para el propósito de este artículo.

Para explicar el prejuzgamiento, es un buen punto de partida hablar del juzgamiento, o más bien de la función de “juzgar” atribuida al Estado. Al respecto, Quintero y Prieto afirman que:

La tarea que incumbe a los jueces como jurisdicción es, en esencia, el juzgamiento, el juicio que dice el derecho, que valora el hecho acaecido para decidir si está conforme con la ley o es contrario a ella; como comparación que se establece del hecho con el patrón de la norma, con el supuesto normativo, subsumiendo la hipótesis de hecho en la norma general abstracta y creando el precepto concreto, destinado a valer como derecho en la hipótesis singularizada que se examina; el eslabonamiento lógico descrito puede ser cumplido por quien conozca el derecho y su resultado será un concepto, porque solamente la operación lógica que es obra del juez y que culmina como una sentencia producida en un proceso, es un juicio, que tiene contenido imperativo y eficacia vinculante; son el *iudicium* y el *imperium*; es el sigilo de la ejecutividad y de la cosa juzgada, maneras de ser de la jurisdicción y características exclusivas de la función<sup>27</sup>.

De otro lado, Rocco al referirse a la actividad jurisdiccional señala que su objeto es: “la declaración de certeza o la realización coactiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de las dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas”<sup>28</sup>.

Sobre este mismo tema, Couture asegura que: “El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico.

<sup>27</sup> QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000, p. 164.

<sup>28</sup> ROCCO. Op. cit., pp. 48-49.

Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no solo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria”<sup>29</sup>.

Al seguir la línea de estos autores, es posible ver que la actividad de juzgar –la que se hace al momento de dictar sentencia– difiere de la actividad jurisdiccional cautelar, pues esta, según Rocco: “no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses”<sup>30</sup>.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que en la labor de juzgar se lleva a cabo la declaración de certeza a fin de satisfacer de manera definitiva a los destinatarios de las normas. Esa labor no tiene lugar cuando se decide sobre las medidas cautelares, pues estas tienen un carácter estrictamente provisional. Precisamente, la “certeza” es ese importante elemento diferenciador entre la decisión tomada a nivel cautelar y la sentencia, en tanto que solo esta goza de tal cualidad. Nótese además, que la diferencia entre los dos momentos no está dada por la profundidad, la precisión o la seriedad con que se hace el análisis, ya que la situación es vista de fondo por el juez en ambos momentos, solo que en etapas diferentes del proceso.

Así las cosas, “prejuzgar” –en el contexto de este artículo– podría ser la realización de una declaración con nivel certeza de los intereses tutelados en abstracto, pero hecha en una etapa apenas preliminar del proceso –la etapa cautelar– y no en aquella en la que por excelencia corresponde, es decir, en la sentencia.

Autores y autoridades han optado por afirmar que las medidas cautelares no constituyen prejuzgamiento. En buena parte, a tal conclusión les es posible llegar gracias a su carácter provisional y al análisis solo en grado de apariencia (*fumus boni iuris*) que caracteriza este tipo de decisiones. Esa ausencia de prejuzgamiento es la que precisamente se pretende desvirtuar mediante la tesis planteada en este escrito, pero antes, es necesario confirmar que, en efecto, un importante sector ha considerado que no hay lugar al aludido prejuzgamiento.

En su obra, Couture expresa que las medidas cautelares no constituyen juzgamiento ni prejuzgamiento sobre el objeto debatido o a debatir en el proceso,

<sup>29</sup> COUTURE. Op. cit., p. 44.

<sup>30</sup> ROCCO. Op. cit., p. 57.

“su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros”<sup>31</sup>.

Al referirse a la verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*, señala Kiper que para que sea decretada la medida cautelar no se requiere el mismo grado de certeza que se exige para la sentencia, es suficiente la mera apariencia del derecho que se invoca, ejercicio para el cual el juez lo que debe hacer es “juzgar sobre la procedencia de la medida en sí misma y no prejuzgar sobre el fondo del asunto”<sup>32</sup>.

En este mismo sentido, Jové afirma que la actividad probatoria cumple finalidades distintas para las medidas cautelares y para la sentencia, pues mientras para aquellas debe arrojar únicamente probabilidad o apariencia, para la sentencia debe existir grado de certeza. Es por ello que para esta autora el juez, “sea cual sea el signo de la resolución cautelar, no debe influir o prejuzgar la posible decisión del proceso principal”<sup>33</sup>.

Jiménez Plaza dice que el fondo no se prejuzga por dos razones: “para no anticipar plena e irreversiblemente el contenido de una sentencia que en ese momento procesal es, en principio (aunque puede no serlo), desconocido, y porque hay que garantizar que se puedan desplegar, por las partes y en la fase plenaria, los medios de defensa que se estimen convenientes para hacer valer los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE”<sup>34</sup>.

Por su parte, Gozaini señala que “las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante”<sup>35</sup>.

De otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, autoridad en materia de propiedad industrial, ha señalado que el examen de los requisitos de admisibilidad de la cautela, como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, “conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela de mérito”<sup>36</sup>.

En Colombia existen autores que se han pronunciado en el mismo sentido, así por ejemplo, Forero Silva expresa: “si el juez accede a decretar una medida cautelar no hay prejuzgamiento, toda vez que para decretarla debe haber una

<sup>31</sup> COUTURE. Op. cit., p. 326.

<sup>32</sup> KIPER, Claudio M (director). Concepto. Objeto. Clasificación. Caracteres. En: Medidas Cautelares. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012. pp. 3-73.

<sup>33</sup> JOVÉ. Op. cit., p. 33.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. El *fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2005. p. 61.

<sup>35</sup> GOZAINI. p. 668.

<sup>36</sup> ECUADOR, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial Proceso No. 96-IP-2004. Expediente interno No. 9539-2002-MP.

demanda razonablemente fundada y conforme a los criterios expuestos, el juez adopta medidas anticipativas del derecho, sin que por ello haya reconocido su pedimento, pues la cautela se decreta en armonía con lo aportado hasta ese instante en el proceso, sin perjuicio de lo que más adelante surja en las actuaciones”<sup>37</sup>.

Igualmente el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Civil de Decisión señaló que:

La decisión sobre el decreto de una medida cautelar no debe ser vista como un pronunciamiento anticipado sobre lo que pudiera constituir el tema de fondo a dirimir con el proferimiento de la correspondiente sentencia, sino apenas como una dilucidación, en los albores del proceso, sobre la viabilidad de la protección provisional de los derechos del demandante para la eventualidad en que saliere victorioso. Entonces, toda consideración respecto del asunto de fondo es extraña a la decisión sobre la cautela, puesto que el momento procesal propicio para ello es la sentencia de mérito<sup>38</sup>.

Estos ejemplos ponen en evidencia que para diversos autores y autoridades el análisis que se realiza para determinar la procedencia de una medida cautelar no debe ser entendido como un prejuizamiento, ¿pero es acaso posible hacer esta afirmación con carácter absoluto? Las siguientes líneas mostrarán que esa afirmación no es del todo cierta.

## **6. El caso de los procesos por actos de competencia desleal y las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial.**

### **6.1 El *fumus boni iuris* en dichas acciones.**

A continuación, se hará una exposición acerca del análisis de fondo que se lleva a cabo cuando se estudia la procedencia de medidas cautelares innominadas tanto en procesos de competencia desleal como en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996: “comprobada 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,

<sup>37</sup> FORERO SILVA, Jorge. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis S.A., Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 27.

<sup>38</sup> COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Auto 1 de agosto de 2015. Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente 11001 3199 001 2015 01000 01.

podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes” (subraya no es parte del texto original).

Como puede verse, en asuntos de competencia desleal la apariencia de buen derecho estaría materializada por la realización del acto de competencia desleal o su inminencia, la cual, se insiste, no debe acreditarse con grado de certeza, sino de probabilidad.

Pues bien, comprobar la realización de un acto de competencia desleal supone un análisis fáctico y probatorio que conduzca a la verificación de la ejecución de una de las conductas que la Ley 256 de 1996 considera desleales. Ese análisis y verificación es, en últimas, un estudio sobre el fondo del proceso, sobre la cuestión litigiosa que se debate y sobre lo que motivó la puesta en funcionamiento de las funciones jurisdiccionales del Estado, solo que la decisión tendrá un carácter provisional. Esta circunstancia permite ver que a instancia cautelar, y quizás en un estado aun prematuro del proceso, el juez termina haciendo una construcción argumentativa en la que expone si, a su buen juicio, se ha configurado un comportamiento desleal o no, ejercicio que, valga decirlo, es el mismo que debe realizar al momento de dictar sentencia, solo que en ese momento la decisión si tendrá carácter definitivo.

En el caso de las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, el artículo 247 de la Decisión 486 de 2000 prescribe que “Una medida cautelar solo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia”<sup>39</sup> (subraya no es parte del texto original).

De manera que la apariencia de buen derecho en este tipo de acciones está dada por la comisión de la infracción o su inminencia.

Al respecto, para que en una providencia judicial pueda afirmarse que se ha cometido una infracción de derechos de propiedad industrial o que hay una inminencia de que eso ocurra, el operador judicial debe remitirse a los supuestos de infracción que contempla la norma comunitaria. Por ejemplo, en el caso de las marcas, el titular tiene acción para impedir que un tercero no autorizado use en el comercio un signo idéntico o similar a su marca cuando ese uso pueda causar confusión o riesgo de asociación en el mercado. En esa medida, el análisis en la etapa cautelar implica que el juez debe sustentar si el signo utilizado por el presunto infractor es similar o idéntico a la marca registrada y, además, deberá argumentar si eso causa confusión o un riesgo

---

<sup>39</sup> PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.

de asociación, para que con base en ello pueda concluir que se ha configurado la infracción. Esto no es otra cosa que tomar una decisión preliminar sobre aquello mismo que se decidirá en la providencia definitiva, es decir, la sentencia.

Al tratar el tema de las medidas cautelares adoptables en procesos de patentes y marcas, Barona afirma que no es nada fácil la fijación del *fumus boni iuris*, “dado que se ha hablado del posible peligro de contaminación que podría implicar para el juez el hecho de proceder, vía tutela cautelar, a anticipar el fallo de la sentencia de fondo”<sup>40</sup>. En esto tiene mucha razón la autora, ya que, como en efecto se verá, la contaminación del juez llega al punto de configurarse como un prejuzgamiento.

Aunque buena parte de los párrafos anteriores parece sugerir que en las decisiones sobre medidas cautelares se hace un prejuzgamiento, lo cierto es que al acoger lo que dice la doctrina y algunas autoridades, eso no debería ser así pues, se insiste, la decisión es únicamente provisional, no es ella la que desata de fondo la controversia. No obstante, a continuación se mostrará que en la práctica podría haber una situación en la que sin duda puede afirmarse que hubo prejuzgamiento.

## 6.2 La problemática a la que se enfrenta el juez.

Sobre la base de todo lo expuesto, se evidenciará a continuación cómo el prejuzgamiento podría tener ocurrencia en este tipo de casos, aunque dentro de una circunstancia muy particular.

Supóngase que el juez de conocimiento adoptó una medida cautelar innominada –de manera previa incluso a la vinculación de la parte demandada– dentro de un asunto de competencia desleal o en una acción por infracción de derechos de propiedad industrial. Como antes se señaló, para decretar la medida, el juzgador debió determinar con fundamento en los hechos y en las pruebas, si se configuraba un acto de competencia desleal, o una infracción a un derecho de propiedad industrial.

Ahora bien, llegado el momento de proferir sentencia, si dentro de las pruebas recaudadas en la etapa probatoria no existe ninguna que sea contundente para que se profiera una decisión diferente a la que se tomó al momento de resolver sobre la solicitud de medidas cautelares, ¿debe el juez proferir la decisión definitiva en el mismo sentido que la provisional? La conclusión de este artículo pretende afirmar que sí, pues no hacerlo conlleva una serie de implicaciones en perjuicio de quienes se someten al poder jurisdiccional del Estado.

<sup>40</sup> BARONA VILAR, Silvia. Medidas Cautelares en los Procesos sobre Propiedad Industrial. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 98.

Ciertamente, si en el momento en que el juez resolvió sobre la solicitud de medidas cautelares innominadas, hizo un análisis de los hechos y de las pruebas que lo llevó a visualizar la comisión de un acto de competencia desleal o la infracción a un derecho de propiedad industrial, no habría una razón legítima para que la sentencia tenga un sentido distinto al de la providencia cautelar, si ninguna de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso tiene la contundencia de mover al funcionario judicial hacia otro extremo de la decisión inicial.

### **6.3 Implicaciones negativas de un cambio en la decisión.**

Si a pesar de no existir esas pruebas contundentes que se han mencionado, el juez dicta la sentencia en un sentido distinto al de las medidas cautelares, tal decisión tendría por lo menos las siguientes implicaciones negativas:

#### **6.3.1 Violación a la seguridad jurídica.**

Desde el punto de vista de Kelsen, la seguridad jurídica consiste en que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”<sup>41</sup>. Aunque el punto de vista de Kelsen sobre la seguridad jurídica en el terreno de las decisiones judiciales está relacionado con la creación de precedentes a partir de sentencias, su argumento puede aplicarse a lo que se está estudiando.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-1130 de 2003 señaló que la “seguridad jurídica permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo”.

En ese orden de ideas, si una decisión judicial proferida en la etapa cautelar, en la que se hace un estudio sobre la posible comisión de un acto de competencia desleal o sobre la infracción de un derecho de propiedad industrial, afirma – aunque con grado de verosimilitud- que eso ocurrió, debería mantenerse en el mismo sentido cuando se profiera la sentencia -tal como ocurre con sentencias que sirven de precedente de un caso a otro- en tanto que, si se trata de los mismo hechos y de las mismas pruebas<sup>42</sup>, el ciudadano debería poder tener la seguridad de que la decisión definitiva no tiene por qué ser diferente a la que ya se tomó al momento de decidirse sobre la solicitud de medidas cautelares.

---

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Primera edición. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, 1982. p. 260.

<sup>42</sup> Suponiendo que las pruebas recaudadas durante la etapa probatoria no aportan elementos de juicio suficientes para un cambio de decisión.

### 6.3.2 Violación del precedente horizontal.

En relación con la figura del precedente horizontal la Corte Constitucional ha reconocido que las autoridades que ejercen función jurisdiccional deben ser consistentes con las decisiones que ellas mismas toman, de tal forma que, si los supuestos facticos del caso son similares, habrán de ser resueltos bajo las mismas formulas de juicio. Señala la Corte que esa fuerza vinculante existe por las siguientes cuatro razones: “(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de ‘disciplina judicial’, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial”<sup>43</sup>.

Y agrega la corporación: “Así las cosas, se puede establecer que si un juez desconoce sus propios precedentes, ya sea porque omita hacer referencia a ellos, o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela”<sup>44</sup>.

En Sentencia T-1130 de 2003 la Corte Constitucional afirmó que:

aunque la Carta Política reconoce la independencia de los jueces, no por ello sus decisiones pueden desligarse de los principios y valores constitucionales. Así las cosas, decisiones anteriores de la Corte identifican entre los criterios ordenadores de la función jurisdiccional, derivados de las dimensiones de la autonomía judicial, dos fronteras definidas: (i) El respeto al precedente jurisprudencial y (ii) La observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial.

13. En lo que hace referencia al primero de los límites, la justificación del deber que tienen los jueces de respetar su propio precedente y el originado en la jurisprudencia de los altos tribunales radica en la necesidad de proteger múltiples bienes constitucionales que se verían vulnerados si se extendiera el alcance de la autonomía judicial a un grado tal que permitiera el desconocimiento de dichas actuaciones. Entre ellos, la vigencia del principio de igualdad, en sus variantes de igualdad ante la ley, en la aplicación de la misma e igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (C.P., art. 13) que compele a los funcionarios judiciales a decidir con los mismos parámetros casos similares, so pena de alterar el deber de imparcialidad al que se hizo

<sup>43</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

<sup>44</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

referencia y afectar así la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales, materializada en las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Sobre la base de lo anterior, y al ajustar *mutatis mutandi* la figura del precedente horizontal al tema bajo estudio, puede afirmarse que el juez que se encuentre conociendo de la acción de competencia desleal o de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial debe dictar sentencia en el mismo sentido que lo hizo al momento de resolver sobre las medidas cautelares, dado que de no hacerlo estaría desconociendo su propio precedente y dejando la providencia bajo la posibilidad de ser atacada por vía de acción de tutela.

### 6.3.3 Violación al principio de buena fe y confianza legítima.

Para explicar estos principios resulta útil lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-161 de 2010, en donde los explicó de la siguiente manera:

Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurran los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos. A juicio de esta Corporación, en estos casos, “la actuación posterior es contraria al principio de buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía solo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

Al tener en cuenta las consideraciones hechas por la Corporación, si el juez que conoce del proceso de competencia desleal o de infracción de derechos de propiedad industrial profiere una sentencia con una decisión diferente a la enunciada al decidir sobre las medidas cautelares, a pesar de contar con los mismos hechos y las mismas pruebas, estaría incurriendo en una violación al principio de buena fe y de confianza legítima en perjuicio del ciudadano, en la medida en que está quebrantando su confianza, aquella que debería generarle el ejercicio serio de la administración de justicia.

#### **6.3.4 Error en la actividad jurisdiccional.**

La suspicacia de cualquier ciudadano puede despertarse cuando en el proceso del que es parte se profiere una sentencia, cuyo sentido es distinto al enunciado en las medidas cautelares –en donde se hizo un estudio de fondo, en tanto que se estudió la posible comisión de un acto de competencia desleal o una posible infracción a un derecho de propiedad industrial–, más aún cuando ninguna prueba posterior a dicha decisión parece haber aportado nada nuevo al discurso construido de manera preliminar.

En todo caso, si llegara a presentarse esa situación, es posible encontrar algunas razones para explicarla –al menos desde un punto de vista hipotético–, pero, en suma, para efectos de este acápite, se entenderá que el juez incurrió en errores en el ejercicio de la función jurisdiccional, los cuales pudieron tener lugar en uno de los dos estadios, en el cautelar o en la sentencia. Algunos que se pueden identificar son los siguientes:

- a) Es probable que el juez haya hecho una incorrecta interpretación de los hechos que lo llevó a hacer una incorrecta aplicación de las normas llamadas a resolver el caso que se le propuso.
- b) Es probable que el juez, en uno de los dos estadios, haya interpretado incorrectamente la norma aplicable al caso.
- c) Puede haber ocurrido que el funcionario judicial haya hecho una indebida apreciación y valoración de las pruebas que lo llevó a tomar decisiones diferentes para la misma situación de hecho.

Así las cosas, cuando el juez emite una sentencia cuyo contenido es una decisión diferente a la que había proferido al momento de decidir sobre las medidas cautelares, es probable que haya incurrido en un error en su actividad jurisdiccional que podría explicarse por alguna de las situaciones expuestas o por otras que seguramente ya estarán rondando la mente de quien se encuentre leyendo estas líneas.

## Conclusiones

1. Cuando en el marco de una acción de competencia desleal o de una acción por infracción de derechos de propiedad industrial, el funcionario judicial resuelve sobre una solicitud de medidas cautelares innominadas, la decisión goza de la característica de provisionalidad y la existencia del derecho reclamado solo es analizada con un grado de apariencia. Por tanto, aunque se hace un análisis de fondo sobre la posible ejecución de una conducta de competencia desleal, o sobre la posible infracción de un derecho de propiedad industrial, lo cierto es que esa decisión no es la definitiva, o, más bien, no es la que pone fin al proceso.
2. A pesar del carácter provisional de la decisión que resuelve sobre medidas cautelares innominadas y del análisis con grado de apariencia de la misma, no está descartada la posibilidad de que el funcionario judicial prejuzgue sobre el fondo del asunto que fue puesto en su conocimiento. No obstante, diversos sectores han afirmado, de manera contundente, que no hay prejuzgamiento en la etapa cautelar.
3. Cuando el juez que conoce de la acción de competencia desleal o de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares innominada, queda “atado” a la decisión expuesta en esa providencia, bajo el entendido de que los argumentos y las conclusiones expuestos en ella crean un lazo con aquellos que se expondrán en la providencia definitiva. Ese vínculo se genera debido a que existen diversas razones que impiden modificar la decisión legítimamente, pues hacerlo implicaría las consecuencias negativas antes expuestas, a menos que a lo largo de la etapa probatoria se recauden elementos de convicción con la fuerza suficiente para decidir el caso en un sentido distinto.

Debido a esa imposibilidad del juez de separarse de su propia decisión, es que se puede afirmar que hubo un prejuzgamiento en la etapa cautelar. No de otra manera podría llamarse al hecho de decidir sobre el fondo del litigio en una etapa preliminar, con una fuerza tal, que no es posible cambiar la decisión al momento de dictar sentencia.

## Bibliografía

ALVARADO, Velloso Adolfo. *Las Cautelas Procesales. Crítica a las medidas precautorias*. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en los Procesos sobre Propiedad Industrial*. Granada: Editorial Comares, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima (Perú): ARA Editores, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. España: Editorial Civitas S.A., 1992.

Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal

- CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 de 17 de Octubre de 1931.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 18 de Enero de 1996.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 12 de Julio de 2012.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-1130 de 28 de noviembre de 2003. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-774610.
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 de 6 de Agosto de 1970.
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 27 de marzo de 1971.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma). Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958.
- ECUADOR, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial No. 96-IP-2004 de 22 de septiembre de 2004. Expediente interno No. 9539-2002-MP.
- FORERO SILVA, Jorge. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- GOZAINI, Osvaldo A. Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Derecho Procesal, Medidas cautelares. Primera edición. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.
- JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. El *fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial. Madrid: Editorial Iustel, 2005.
- JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1995.
- KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KIPER, Claudio M (director). Medidas Cautelares. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.
- PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.
- QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.
- REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V Parte Especial, Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1977.
- Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I Parte General. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1983.