

EL DERECHO DE DEFENSA DEL COMERCIANTE DEMANDADO Y LA
IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN
PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL *

Semillero de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Javeriana **

*María Jimena Díaz Baquero^I, Sebastián Escobar Torres^{II},
María Camila Henao Castillo^{III}, Álvaro Camilo Ibáñez García^{IV},
María de la Paz Jácome Samper^V, Juan Diego Mojica Restrepo^{VI},
Camila Osorio Hurtado^{VII}, Juan David Puyana Mantilla^{VIII},
Claudia Bibiana Ramírez Carrillo^{IX}*

Director: José Fernando Mestre Ordóñez^X

* Artículo inédito. Recibido 23 de febrero de 2015 – Aprobado el 20 de agosto de 2015.

Este artículo, es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre de 2014 en la ciudad de Cartagena, la cual quedó entre los finalistas y mejor escritas del Concurso.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^I Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{II} Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{III} Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{IV} Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^V Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{VI} Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{VII} Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{VIII} Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^{IX} Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

^X Profesor de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

RESUMEN

La presente labor académica tiene como objetivo medular efectuar un estudio crítico acerca de la garantía al derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares en procesos de competencia desleal. Así, con base en análisis de fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, se evidenciarán las problemáticas jurídicas más relevantes que en lo relacionado con su efectividad se presentan.

Para ello, se estudiará lo relacionado con la garantía de este derecho desde dos escenarios. En primer lugar, desde instancias previas al decreto de la cautela, considerando la relevancia de los criterios que debe observar el juez para imponerlas y las dificultades que allí se presentan, así como desde la órbita posterior a su imposición, evidenciando el desequilibrio existente en la relación procesal demandante-demandado y justificando la necesidad de reforzar las garantías que al accionado le deben asistir en materia de competencia desleal.

Palabras clave: medidas cautelares innominadas, competencia desleal, igualdad procesal, derecho de defensa, código general del proceso.

ABSTRACT

The work submitted has as a main objective to make a critical review about the guarantee of the right to defense that the defendant trader, who is object of precautionary innominate measures has, inside unfair competition court proceedings. This way, and based in the analysis of legal, doctrinal and case law sources, the main issues about its effectiveness will be shown.

For this purpose, the guarantee of this right will be studied from two different scenarios. First of all, before the precautionary innominate measure is ordained, identifying the significance of the criteria that the judge must obey in order to impose them and the difficulties about that are found there. This rights guarantee will be also studied after the measure is ordained, proving the procedural imbalance that exists on the complainant-defendant relationship and justifying the need to reinforce the guarantees that the accused inside unfair competition court proceedings must have.

Key words: precautionary innominate measures, unfair competition actions, procedural equality, right to defense, general procedural code.

INTRODUCCIÓN

La presente disertación académica tiene como propósito analizar de forma crítica los supuestos que rodean la defensa procesal del comerciante demandado, quien en desarrollo de un proceso judicial de competencia desleal es objeto de la imposición de

medidas cautelares innominadas. De esta forma, se evaluarán las principales problemáticas allí existentes y se evidenciará, desde dos órbitas temporales divergentes, cómo el derecho de defensa del comerciante demandado puede ser revisado en algunos de sus aspectos sustanciales, pues su garantía, en muchas ocasiones, parece no materializarse en lo que en materia de competencia desleal se refiere.

Así, se procederá a efectuar una breve revisión de las medidas cautelares *in genere* y de las innominadas o atípicas como especie suya, para luego proceder a revisar sucintamente los aspectos procesales de la competencia desleal, mostrando la existencia de un poder cautelar genérico desde varios lustros atrás en la materia.

Con los conceptos jurídicos básicos sobre el tema a tratar ya aclarados, se procederá a valorar la garantía de esta prerrogativa constitucional bajo la óptica del demandado, desde dos puntos de vista claramente definidos. En primer lugar, se referenciará un momento *previo* a la imposición de la tutela cautelar, evaluando los criterios existentes en la materia, la coexistencia de la Ley 256 de 1996 con el Código General del Proceso y las problemáticas de interpretación que sobre el tema particular existen, cuya indeterminación puede soslayar las prerrogativas del accionado.

A posteriori, se evaluará esta garantía cuando ya es impuesta la cautela, denotando el desequilibrio procesal existente y la inacción de la ley procesal ante las notorias vulneraciones que a este supuesto se efectúa en materia de medidas innominadas. Así, se identificará que la relevancia de este tipo de cautelas atípicas, si bien puede lesionar el derecho de defensa del demandado no deberá desnaturalizarse su objeto ni replantearse su estructura, sino que deberán reforzarse las garantías procesales que al demandado le deben asistir frente a su decreto e imposición.

1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

1.1 Aproximación conceptual a las Medidas Cautelares

El estudio del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares, exige brindar claridad sobre los conceptos fundamentales del tema a tratar, por lo que se iniciará por hacer una breve mención acerca de las medidas cautelares, considerando la relevancia de las mismas en el desarrollo del proceso civil y su relación directa con la eficacia del fallo que como consecuencia del mismo se profiere.

El maestro Piero Calamandrei define a las medidas cautelares como “*la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podríase derivar como producto del retardo de la misma, añadiendo que estas no*

constituyen un fin en sí mismo, sino que están preordenadas a la emanación de una anterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico”¹¹.

A nivel nacional, el doctrinante Hernán Fabio López señala que se tratan de “*aquellas providencias que, ya de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez, y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada*”¹².

Entre características más relevantes, se encuentran que *son actos de naturaleza jurisdiccional*, pues el decreto de medidas cautelares sólo le compete al juez o a quienes excepcionalmente ejerzan funciones jurisdiccionales, tal y como ocurre en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal.¹³ Así mismo *son instrumentales*, pues se establecen en servicio del proceso y de la efectividad de la sentencia, es decir, las mismas no se consideran un fin en sí mismas, pues son accesorias al proceso principal y buscan facilitarle al mismo la eficacia de sus efectos, mediante el establecimiento de precauciones efectivas y oportunas¹⁴.

Además de ello *son provisionales*, pues deben permanecer en el tiempo únicamente si los motivos que originaron su decreto subsisten y máximo deben perdurar hasta el momento en el que se dicta la sentencia, evitando así la causación de mayores perjuicios a la parte ejecutada o demandada.¹⁵, lo que no es óbice para que sean *mutables*, ya que pueden ser modificadas a petición de parte o de oficio, en la medida en que las condiciones fácticas que dieron lugar a su decreto cambien de manera sustancial, bien porque se tornen innecesarias o excesivas, o porque sea necesario reforzar las garantías del fallo futuro¹⁶.

Otro carácter sustancial es que *no se necesita la vinculación previa de la parte demandada ni tampoco se requiere oír sus declaraciones para que el juez declare la medida cautelar* lo que tiene como finalidad evitar que sean ilusorios los futuros efectos que ha de producir la sentencia, justificando así su tramitación antes de darle

¹¹ CALAMANDREI, Piero. Citado por: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 4.

¹² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 7ª edición. Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 1997. p. 143.

¹³ Sobre la naturaleza jurisdiccional de las medidas cautelares, revisar: KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013. p. 1014 y ss.

¹⁴ ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p. 3.

¹⁵ Sobre la naturaleza provisional de las medidas cautelares revisar: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. pp. 10-11.

¹⁶ *Ibidem*. p. 13.

conocimiento del proceso al demandado, por cuanto se pretende impedir que este último ejecute medidas tendientes a fin de evadir la acción de cautela¹⁷.

Las medidas cautelares tienen un *carácter taxativo* y solo se podrán decretar en aquellos eventos previstos expresamente por la ley. Esta característica hace referencia al hecho de que la procedencia de este tipo de figuras procesales no se haya dejado librada a la oportunidad y el criterio del juez, sino que se autoriza expresamente en cada caso la posibilidad de ser solicitadas y decretadas¹⁸, sin que se pueda confundir este concepto con el carácter innominado de algunas medidas¹⁹.

Finalmente, su imposición debe observar los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. El criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, “*se traduce en la existencia de un derecho radicado en cabeza del demandante que, prima facie, lleva a la conclusión al juez que, de no discutirse dicha apariencia, el derecho invocado es verosímil y factible*”²⁰, es decir, que el derecho del demandante sea más probable que el del demandado.²¹ Esto se traduce en la carga procesal del peticionario de aportar pruebas que permitan al juez presumir la existencia y veracidad del derecho, para que así pueda decretar la cautela. El otro requisito es el del *periculum in mora* o el peligro en la demora, el cual hace referencia al “*riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento*”²², pues por el paso del tiempo podría ocasionarse una pérdida o daño en los intereses del demandante²³.

1.2. Justificación para la existencia de medidas cautelares

Como bien reseña Javier Gilsanz Usunaga en su obra sobre el tema, las medidas cautelares tienen una doble finalidad, por un lado preventivo de un daño irreparable y, por otro, asegurativo de una situación o circunstancia determinada mientras dure la pendencia del proceso²⁴.

¹⁷ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 50.

¹⁸ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo; GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005. pp. 15-16.

¹⁹ Por ejemplo, señala Héctor Quiroga Cubillos en su obra sobre medidas cautelares, que la taxatividad se refiere a que “*la cautela deberá estar taxativamente autorizada por la ley, ya que en esta materia son muy pocos los casos de discrecionalidad para que el juez pueda decretar otras según las circunstancias que observe en un momento determinado*” siendo esta una apreciación de la innominatividad y no de la taxatividad. QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 41.

²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

²¹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá. 2013. p. 311.

²² TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

²³ BARROZO OSORIO, Tulia. “*De las medidas cautelares en general*” En: *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Volumen 4. N° 1. Cartagena de Indias. Universidad Libre – Sede Cartagena. p. 137.

²⁴ GILSANZ USUNAGA, Javier. *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial cautelar*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010. p. 119.

Así, se puede inferir que la relevancia de las medidas cautelares responde a la necesidad del demandante de que un eventual fallo judicial que le resulte favorable, pueda ser efectivamente cumplido y se produzcan los efectos que el mismo pretende generar. En palabras de Peláez Bardales, “*su finalidad es el aseguramiento anticipado de un bien, objeto de la pretensión, impidiendo que ella se ilusoria e irrealizable, evitando así que se tornen ilusorios los derechos del demandante, ante la posibilidad cierta de que se dicte una sentencia de imposible ejecución, pues ante un no aseguramiento preliminar y preventivo, el obligado, en tanto dure la secuela del proceso, puede poner perfectamente a buen recaudo su patrimonio*”²⁵. Sobre este punto también se ha pronunciado Luis Alfredo de Diego Díez, señalando que para evitar el peligro del paso del tiempo, se requiere de la tutela cautelar, como una manifestación específica de la tutela judicial, dirigida a asegurar o garantizar la efectividad de la resolución obtenida en otro proceso al que se denomina principal²⁶.

Este criterio es recogido por la Corte Constitucional de Colombia en reiteradas ocasiones, señalando que la finalidad de las cautelares al interior de los procesos judiciales es proteger preventivamente “*a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada*”. Así, ha señalado esta corporación, que las medidas cautelares buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, ya que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo así la destrucción o afectación del derecho controvertido²⁷.

Atendiendo a todo lo anterior, resulta importante señalar que el sustento jurídico que soporta la imposición de medidas cautelares recae sobre un análisis de probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en el proceso judicial, sin requerir entonces un estudio exhaustivo y de fondo sobre la veracidad del derecho, precisamente porque la función de las medidas cautelares es preventiva, máxime si se tiene en cuenta que la decisión de fondo sobre la existencia del derecho objeto del litigio conlleva la concreción de diferentes etapas procesales en periodos extensos de tiempo en los que se requiere activar, para prevenir los estragos del paso del tiempo, la función cautelar con que cuenta el demandante²⁸.

1.3. Del poder cautelar genérico y las medidas cautelares innominadas

²⁵ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 17.

²⁶ DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. “*Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Civil Hondureño*” En: *Módulo Instruccional – Medidas cautelares en el Proceso Civil Hondureño*. Escuela Judicial de Honduras. Tegucigalpa – Santa Rosa de Copán. p. 14.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974

²⁸ MAQUES, Natalia y SAC, Matías. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública: Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*. 1ª edición. Buenos Aires. p. 47.

Como señala la profesora Selva Anabella Klett en su escrito sobre medidas cautelares innominadas, el poder cautelar genérico “*puede categorizarse como la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella*”²⁹.

En ese orden de ideas surgen las medidas cautelares innominadas son una expresión del mencionado poder cautelar genérico, las cuales son definidas por el maestro Jairo Parra Quijano como aquellas “*que no están previstas expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión*”³⁰.

De acuerdo a lo expuesto, es pertinente señalar las características principales de la figura que se aquí se estudia, cuya finalidad, como advertíamos previamente, es “*prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*”³¹.

Adicionalmente, cabe resaltar dentro de los elementos distintivos de las medidas cautelares innominadas las siguientes:

No se encuentran especificadas en la ley.

“*Como su nombre lo indica, no están específicamente contempladas en la ley, como ocurre con las nominadas o típicas, sino que en el sistema de las medidas cautelares, concurren con éstas o pueden ser dictadas con independencia de ellas, por lo que se les llama también atípicas o provisionales. Son pues, la expresión de un poder cautelar general, reconocido al juez en este campo, con el fin de que pueda proveer—sin las limitaciones que le impone el tradicional sistema de las medidas cautelares nominadas— a la mejor escogencia de los medios para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes*”³².

Las dicta el juez según su prudente arbitrio.

²⁹ KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013. p. 1013.

³⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá. 2013. p. 302.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-835 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: D-9626.

³² Ob. Cit. p. 91.

“Las dicta el juez según su prudente arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas en la ley. [...] El arbitrio judicial—según Couture—ha de entenderse en general, como la *“facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender [...]”*³³.

Son de naturaleza preventiva.

*“Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas, lo mismo que las innominadas tienden a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo, y a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, por lo que deben darse para su decreto, los presupuestos generales establecidos por la ley para las medidas típicas o nominadas”*³⁴.

2. DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN GENERAL

Luego de haber analizado de forma sucinta lo relacionado con las medidas cautelares, como el tópico propuesto para la presente disertación, será conducente hacer una breve mención al régimen de competencia desleal y a sus aspectos procesales, toda vez que será a la luz de este tipo de procesos judiciales que se analizará el estado del derecho de defensa del comerciante a quien se imponen medidas cautelares, como ya ha sido anunciado.

El régimen general de competencia se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados³⁵. Este postulado general encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991 en los artículos 88 y 333, donde se consagra la disposición de las acciones colectivas como instrumento de protección de *la libre competencia económica* y los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica como derechos radicados en cabeza de todos los ciudadanos y sometidos a los límites que establezca la ley.

Las normas que regulan el derecho de la competencia en nuestro ordenamiento proscriben las conductas que impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes del mercado al derecho constitucional a la libre competencia, contemplando además los procedimientos tendientes a determinar la comisión de infracciones y las correspondientes sanciones. Así lo señala el artículo 46 del Decreto 2351 de 1992, cuando indica que *“en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”*.

³³ Ob. Cit. p. 92.

³⁴ Ob. Cit. p. 92.

³⁵ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Protección de la Competencia. Auto No. 587 del 12 de Marzo de 2010.

2.1 De la Competencia Desleal

De acuerdo al criterio de la Corte Constitucional Colombiana, “*se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, siempre que se haga mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas. De ahí que, estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado*”³⁶.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 256 de 1996 es la norma especial que regula lo atinente a la competencia desleal. Sus disposiciones, más que consagrar asuntos eminentemente sustanciales, regulan los mecanismos de acceso a la administración de justicia y las disposiciones procesales para tramitar las controversias derivadas de la comisión de actos de competencia desleal. Así, en primer lugar, esta norma determina una serie de conductas ilegítimas, tales como la desviación de la clientela, la violación de secretos, la explotación de la reputación ajena, la inducción de la ruptura contractual y los actos de comparación, imitación, descrédito, desorganización, confusión y engaño y luego contempla las acciones, el trámite, la competencia judicial y los aspectos procesales con los que un comerciante puede impugnar los actos lesivos que afecten o pretendan afectar, a futuro, su órbita patrimonial.

2.1.1 Aspectos procesales en materia de competencia desleal

Como fue previamente advertido, la Ley 256 de 1996 regula los aspectos procesales más relevantes que en materia de competencia desleal requieren ser tenidos en cuenta. Así, como referíamos sucintamente, esta norma regula el trámite de las acciones por competencia desleal, las cuales se encuentran en el artículo 20 de esta norma y por medio de las que se permite a un afectado por ese tipo de actos, incoar sus mecanismos de defensa:

“1. Acción declarativa y de condena: El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

2. Acción preventiva o de prohibición.: La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-379 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente: T- 3.755.520

la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”³⁷.

Cabe destacar, que además de la posibilidad de incoar este tipo de acciones, desde el año 1996 existe un poder cautelar genérico en materia de competencia desleal, pues desde allí se permite al juez determinar cualquier medida cautelar que resulte pertinente, situación que será profundizada en las siguientes líneas de este escrito que da pleno sustento a los postulados y disertaciones evaluadas en este escrito. Estas acciones y medidas cautelar, que revisten un carácter jurisdiccional, representan los mecanismos judiciales con que cuenta el supuesto afectado por un acto de competencia desleal, para que así pueda acudir al juez competente, quien tramitará este tipo de pretensiones por la vía ordinaria y declarará si existe o no un acto de competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996.

Cabe destacar que la introducción del Código General del Proceso a nuestro ordenamiento jurídico trajo consigo sendas modificaciones en los procesos judiciales de competencia desleal, por cuanto derogó la mayoría de las disposiciones que en materia procesal contenía la Ley 256 de 1996, lo cual hace necesaria una breve referencia a tales modificaciones.

En primer lugar, sobre el juez competente para dirimir estas controversias, el Código General del Proceso asignó de forma genérica al Juez civil del circuito en primera instancia³⁸ y además confirió atribuciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer en sede judicial este tipo de pretensiones³⁹.

Esta competencia, como bien determina el CGP, es a prevención, lo que en términos del parágrafo 1 del artículo 24 significa que *“no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.”* En lo que en materia de apelación de las decisiones tomadas en primera instancia se refiere, la competencia está reservada en todo caso para el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente, por cuanto *“las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable”⁴⁰.*

³⁷ LEY 256 DE 1996. Artículo 30. Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996, expedida el 15 de Enero de 1996.

³⁸ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 20: *“Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: 3. De los de competencia desleal, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas.”* Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

³⁹ Ibídem. Artículo 24: *“Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: (...) b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal”.*

⁴⁰ Ibídem. Parágrafo 3. Artículo 24.

Ya analizada de forma breve la faceta procesal de los actos de competencia desleal, llega el momento de iniciar el anunciado estudio de la garantía del derecho, la cual, como se evidenció, se hará desde dos facetas temporales, a saber: *ex ante* de la imposición de la medida y *ex post* a su imposición.

3. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA *EX ANTE* A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA: UNA MIRADA A LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS CRITERIOS PREVIOS PARA SU PROCEDENCIA

Como fue anunciado desde los primeros folios de este escrito, el presente acápite tiene como propósito principal exponer cómo la definición, consagración y aplicación de criterios previos para el decreto de medidas cautelares innominadas también representa una manifestación relevante del derecho de defensa del comerciante que actúa como extremo pasivo de la pretensión cautelar, por cuanto ellos brindan o deben brindar un nivel reforzado de seguridad jurídica a su situación particular. Lo anterior, por cuanto la existencia de claridad y seguridad en este asunto es una garantía de doble vía, toda vez que otorga al juez los elementos de juicio suficientes para determinar, *in casu*, la pertinencia y la necesidad de avalar la solicitud de tutela precautelar o denegarla en caso que no se acrediten los requerimientos que estos mismos criterios presuponen. En este mismo sentido, los criterios que serán estudiados brindan al sujeto pasivo de la medida cautelar las bases para adelantar su defensa a partir de los recursos que la ley pone a su disposición, cuando considere que el juez ha hecho una errónea valoración de los mismos.

Para iniciar esta disertación, se revisará en primer lugar, el estado de cosas actual en la materia, lo que permitirá luego evaluar las problemáticas y vicisitudes que allí se presentan.

3.1 Requisitos para la procedencia de la tutela cautelar de acuerdo con las normas de competencia desleal

Las medidas cautelares en materia de competencia desleal encuentran su fundamento legal en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996. El tenor literal de la norma precitada indica: “*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. Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud. (...) Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil*”.

El texto legal aquí anunciado es indicativo de los requisitos que, de manera concurrente, son necesarios para la procedencia de la tutela cautelar en este ámbito. Así lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), actuando en ejercicio de función jurisdiccional⁴¹, la cual en diferentes pronunciamientos, a la hora de estudiar la adecuación de una solicitud precautelar, ha sostenido que *“dos presupuestos básicos para que sea procedente la orden de cesación provisional de un acto que se demanda como de competencia desleal y, en general, para que el decreto de medidas cautelares sea procedente, consiste en que se encuentre comprobada la realización de un acto de competencia desleal y que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud”*⁴².

En relación con el primero de los presupuestos, a saber, el convencimiento sobre la realización conducta de competencia desleal, la SIC ha expuesto que debe tratarse de una prueba suficiente, *“aunque ella tuviere la calidad de sumaria dada la ausencia de oportunidad para controvertirlas, que permita tener por comprobada la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia, así como la existencia de un peligro grave e inminente cuando se trata de la pretensión cautelar que puede ser decidida sin escuchar a la parte afectada”*⁴³.

En cuanto a la legitimación, segundo de los requisitos, la SIC se ha pronunciado expresando que: *“si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de es el afectado por la conducta que se debate, ya sea porque participa en el mercado y sus intereses económicos resultan perjudicados, o bien porque ha demostrado su intención de participar en el mismo y sus intereses económicos resultan amenazados por los actos de competencia desleal que demanda”*⁴⁴. Son pues estos los presupuestos que demanda la procedencia de las medidas cautelares en materia de competencia desleal, cuya exigencia es constante y reiterada por la SIC de acuerdo con los pronunciamientos judiciales expuestos⁴⁵.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 24 del Código General del Proceso, que regula el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.

⁴² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16158 del 19 de julio de 2004.

⁴³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 3384 del 28 de noviembre de 2012.

⁴⁴ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 389 del 13 de febrero de 2004.

⁴⁵ Valga resaltar que estos mismos requisitos son recogidos por la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, que regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en su artículo 247. Establece la norma: *“Una medida cautelar sólo 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. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla. Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente*

3.2 Los requisitos y criterios previstos en el artículo 590 del Código General del Proceso y su relevancia en el decreto de medidas cautelares en el ámbito de la competencia desleal

Ahora bien, lo hasta aquí mencionado en materia de requisitos, es indicativo únicamente de los elementos que ha de estudiar el juzgador para determinar si hay lugar a tramitar la solicitud, puesto que se trata simplemente de presupuestos formales que de ser cumplidos habilitan al juzgador para entrar a decidir el fondo de la petición cautelar, así como la medida que resulta pertinente decretar. Y es que aun cuando el artículo 31 de Ley 256 de 1996, previamente citado pareciera habilitar al operador jurídico para declarar la tutela precautelar al verificar la prueba suficiente y la legitimación, lo cierto es que la referencia que se hace a los artículos 678 a 690 del Código de Procedimiento Civil, hoy derogados por el Código General del Proceso (CGP), da lugar a que el estudio de la solicitud sea más profundo, pues, como ya se dijo, no basta con acreditar únicamente las exigencias de la norma sobre competencia desleal sino que es necesario acudir a los *criterios* que impone el Estatuto Procesal Civil vigente.

En primer lugar, es necesario resaltar que el proceso de competencia desleal es, por su naturaleza, de aquellos denominados procesos declarativos, en ese sentido es que toma plena vigencia la alusión y aplicación del artículo 590 del CGP, que contiene las reglas aplicables a la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos. Dentro de las reglas contenidas en la disposición normativa mencionada, es importante señalar que se reiteran los requisitos previstos en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, se dispone que “*para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o vulneración del derecho*”. En esa medida no se añade elemento alguno de juicio, en materia de lo que se ha tratado como requisitos formales.

No obstante lo anterior, el artículo 590 numeral 1 inciso 2 del CGP sí incorpora ciertos requisitos y criterios adicionales que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de decretar la medida cautelar. Frente a ellos debe tener de presente que unos encuentran mayor aplicación en lo atinente a la procedencia de la medida cautelar como tal, en sentido amplio, y otros que tienen una mayor particularidad en lo que tiene que ver al tipo de medida que debe ser decretada, con especial relevancia en materia de medidas cautelares innominadas, en razón de la amplitud del poder cautelar cuando de éstas se trata.

Establece el artículo en comento que: “*el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si*

infractores puedan ser identificados”. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, *Decisión 486* expedida el 14 de septiembre de 2001.

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” (Negrillas fuera del texto original).

La necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida como criterios en el ámbito de las medidas cautelares innominadas tienen su mayor despliegue en lo que respecta a la medida que el fallador está llamado a decretar. No se trata ya, en este punto, de verificar si procede la tutela cautelar en sentido extenso, sino que la medida que se va a tomar, *in concreto*, es la más idónea frente a los derechos de cada una de las partes. Así, si descubre el fallador que la medida que solicita no es necesaria, no es efectiva o no es proporcional lo que procede es que se decrete una medida menos gravosa o diferente a la solicitada.

El principio de necesidad de la medida cautelar hace referencia a que el juez únicamente puede decretar tal herramienta, de naturaleza preventiva, cuando fuese absolutamente imprescindible para asegurar la efectividad de las decisiones proferidas al final del proceso. Por tal razón, por ninguna circunstancia puede decretarse una medida cautelar que no cumpla con esa característica, toda vez que estos instrumentos sólo deben mantenerse si subsisten las razones justificables para ello, dado que tales medidas pueden restringir los derechos de la persona implicada antes de que sea condenada en un juicio. Por consiguiente (...) *“la medida es razonable porque su imposición está precedida de un procedimiento en el cual el juez cita a las partes para que presenten las pruebas acerca de la situación alegada, valora las pruebas que demuestran la necesidad o no de la medida, y la decisión está sujeta al recurso de apelación”*⁴⁶.

También, son oportunas las palabras del profesor Forero Silva cuando señala que *“la necesidad de adoptar la medida, y la efectividad de la que decrete. La cautela que se ordene es indispensable para el cumplimiento de la sentencia debiendo ser útil y efectiva para el caso en concreto. La proporcionalidad de la medida, según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, a la luz del monto de la pretensión para que no resulte exagerada”*⁴⁷.

Se trata, como ya se dijo, de criterios cuya utilidad, especialmente en cuanto función cautelar genérica se trata, es la de apreciar si la medida en el caso concreto será la que cumpla en una máxima expresión la función de la tutela cautelar.

Lo anterior debe entenderse, como lo explica el profesor Villamil Portilla, que *“cuando el artículo se refiere a la proporcionalidad, necesidad y utilidad de la medida,*

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974.

⁴⁷ FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 27

otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas. No quiere decir ello que el juez pueda de oficio inventar o decretar la medida que en su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte, pero una vez le ha sido solicitada una medida que pueda afectar en mayor grado los derechos del demandado, podría el juez de oficio sustituirla por otra más razonable”⁴⁸.

De esta forma, se hace palmaria la relevancia que tienen los requisitos y criterios esbozados en el artículo 590 numeral 1 del CGP en relación con las medidas cautelares que se vayan a tomar en los procesos de competencia desleal, no puede el juzgador cautelar del proceso en comento desconocer o restar relevancia a lo normado en el Estatuto General del Proceso, por lo que su decisión deberá siempre apreciar cada uno de los elementos expuestos en este aparte.

3.3 Los criterios para el decreto de la medida utilizados por la SIC en sus decisiones

Aun cuando el Código General del Proceso dispone una serie de criterios genéricos y abstractos en la materia, lo cierto es que ello podría representar una problemática particular, pues su indefinición e indeterminación pueden abrir la posibilidad a una errónea valoración judicial, dada la amplia discrecionalidad que aquí se confiere. Frente a ello, la SIC, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se ha encargado de concretar estos requisitos planteados por el CGP, robusteciendo así el derecho de defensa del comerciante demandado.

Como se puede evidenciar en la práctica de los procesos de competencia desleal, la SIC utiliza criterios que, aunque con denominación diferente, si se encuentran sustancialmente ligados a los que el CGP consagra. A título ejemplificativo, en auto 33843 de 2012, la SIC hizo el estudio sobre la pretensión cautelar de la siguiente forma. En su momento expresó el órgano administrativo investido de función jurisdiccional que *“el Despacho deberá determinar cuáles de las medidas cautelares solicitadas en el caso concreto resultan necesarias y pertinentes para el efecto, absteniéndose de decretar aquellas que resulten inconducentes, superfluas o incluso excesivas frente al citado propósito (...) la orden que proferirá el Despacho se referirá a aquellas medidas que resulten suficientes para salvaguardar, sobre la base de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los intereses económicos de la accionante, así como su derecho a la libre y leal competencia”⁴⁹.*

Los criterios utilizados por la SIC en la providencia precitada, además de mostrar cómo, en línea de principio, tienen estrecha conexidad con los previamente citados del artículo 590 del CGP, también muestran como en el ámbito de la competencia desleal

⁴⁸ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Citado por: FORERO SILVA, Jorge en: *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 25

⁴⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 3384 de 28 de noviembre de 2012.

estos parámetros tienen un alcance más específico y técnico, como lo demanda la materia por sus rasgos particulares, derivados de su mercantilidad y competencia en el mercado. En esa medida, incorporar factores como los intereses económicos y el derecho a la libre y leal competencia, resultan de pleno recibo, pues aportan al juzgador elementos de discernimiento que le permiten apreciar con mayor plenitud la idoneidad de la medida en concreto, superando lo abstracto que pueden llegar a ser para determinados casos la necesidad, efectividad y proporcionalidad.

4. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA *EX POST* A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA: ¿UNA DESEQUILIBRADA RELACIÓN PROCESAL?

Como anunciábamos, el estudio aquí propuesto abarcaría otra faceta temporal de la garantía del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en los procesos de competencia desleal. Así, el último aparte de este escrito corresponderá a la revisión de esta situación *ex post* a la imposición de esta medida, evaluando el estado de cosas actual en la materia, criticando desde una óptica académica estas premisas y proponiendo alternativas jurídicas que permitirían subsanar las censuras aquí expuestas.

El derecho de defensa *ex post* al decreto de las medidas cautelares que asiste a la parte demandada en el trámite de un proceso declarativo, no ha sido objeto de mayores reparos ni ha generado salvedades notorias en el ámbito académico y doctrinal del derecho procesal nacional. Esto, pues las medidas cautelares, sea cual sea su naturaleza, están diseñadas para proteger a ultranza al demandante en sus derechos en litigio y con ello asegurar la efectividad del derecho o el estado reconocido, dado o constituido con el fallo, proporcionándole oportunidad y seguridad jurídica a los efectos que ha de producir una sentencia judicial⁵⁰ y a evitar que el demandado pueda ralentizar y soslayar esa efectividad por la vía de impugnaciones y actos tendientes a desnaturalizarla.

Esta apreciación, acorde *exclusivamente* con los intereses del sujeto demandante, a nuestro juicio podría desconocer los derechos que en la órbita procesal le asisten a la parte demandada, particularmente los relacionados con el debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción que le son inherentes⁵¹. Ello, pues si bien el demandante goza de una serie de prerrogativas exclusivas, como evidenciaremos, la defensa del

⁵⁰ ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p. 3.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-383 del 5 de Abril de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-2557. Frente a este punto particular, la Corte Constitucional ha señalado que existe una **situación de indefensión** en la órbita del debido proceso “cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia” (Negrillas fuera del texto original).

demandado está circunscrita, en materia de medidas cautelares, a figuras insuficientes y cuya estructura no garantiza las prerrogativas que le deben asistir en cualquier tipo de trámite judicial y en especial, en el de competencia desleal.

La idea aquí expuesta resulta ajustada al criterio que ha expuesto la Corte Constitucional de Colombia a lo largo de varias sentencias⁵², donde ha expresado que en materia de medidas cautelares puede ocasionarse una vulneración a los derechos procesales que asisten a la parte demandada. Así, la corte ha afirmado que *“aunque el Legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio”*⁵³ (Negrillas fuera del texto original).

Los argumentos que en la actualidad soportan el hecho de que en materia de medidas cautelares la protección procesal sea abiertamente inclinada hacia los intereses del demandante, radican en primer lugar, como bien señalan Eduardo García y Jeannette García en su obra sobre medidas cautelares, en la urgencia que determina la demora y la finalidad de seguridad de estos mecanismos, afirmando que *“estas casi siempre son tomadas sin oír a la parte contraria, puesto que el propósito de asegurar exige obrar inmediatamente, bajo la responsabilidad, desde luego, de quien las pide”*⁵⁴.

Además de este argumento, que sirve como soporte para afirmar que en materia de medidas cautelares la protección sea casi exclusiva del demandante y la cual soporta la idea de que los recursos que el demandado impetre contra tales providencias se concedan siempre en el efecto devolutivo, se fundamenta en la idea de que el demandado cuenta con mecanismos como la caución o la *“contracaución”* como contingentes para reparar eventuales daños que con la providencia cautelar este pueda sufrir⁵⁵, lo que implica que con estas figuras se asegura al sujeto pasivo de la medida el resarcimiento de los posibles daños y expresa la igualdad de las partes en el proceso, contrarrestando la falta de contradicción inicial que es el signo característico del proceso cautelar⁵⁶. Como profundizaremos, esta idea no resulta del todo satisfactoria a la luz de los derechos que deben asistir al demandado en su órbita procesal y bien podrían ser replanteadas algunas de las premisas que le otorgan sustento jurídico.

⁵² Entre otras, ver: Sentencia C-379 de 2004 y C-039 de 2004.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-523 del 4 de Agosto de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-7612.

⁵⁴ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005. pp. 15-16.

⁵⁵ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 43.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 42. Como bien señala el distinguido autor Peláez Bardales en su obra, *“la caución servirá para que el demandado obtenga una garantía que lo ponga a salvo de posibles abusos y que se asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa”*

4.1. Recursos ordinarios para impugnar providencias cautelares en la actualidad

Para iniciar el estudio del derecho de defensa con que cuenta un comerciante demandado a quien se le imponen medidas cautelares en el trámite de un proceso por competencia desleal, es pertinente iniciar con una mirada al estado de cosas actual en que esta situación jurídica se encuentra, haciendo una breve referencia a los recursos que el ordenamiento jurídico le confiere a este sujeto para atacar judicialmente la providencia cautelar.

Si bien por razones de extensión en este escrito no se practicará un estudio a profundidad acerca de los mencionados recursos, si es relevante mencionar, a lo menos, sus elementos estructurales, toda vez que en la actualidad representan las *únicas* medidas protectoras del derecho de defensa del demandado y son las únicas vías de impugnación de las decisiones judiciales que decretan medidas cautelares innominadas⁵⁷, lo que a juicio de los autores resulta cuestionable y lo cual será objeto de revisión en los ulteriores apartes de esta ponencia.

En primer lugar, resulta inequívoco afirmar que las providencias que decretan medidas cautelares, entre las cuales se destacan las innominadas, se profieren bajo la forma de los *autos*⁵⁸. Ello quiere decir que la decisión judicial que las decreta y ordena su práctica se realiza por este medio específico y por ende contra ellos proceden los recursos ordinarios que la ley prevé *in genere*.

4.1.1 Recurso de reposición

El recurso de reposición es, sin duda alguna, el mecanismo utilizado con mayor frecuencia en la práctica por la parte que busca impugnar una providencia judicial en general. Este recurso tiene la virtualidad de avocar a que un funcionario judicial que profiere una decisión, vuelva sobre ella, y si es del caso, la reconsidere en forma total o parcial, mediante una solicitud motivada por la parte interesada en su revisión⁵⁹.

En cuanto a su procedencia, la ley no prevé mayores limitantes⁶⁰ destacando únicamente aquellos casos excepcionales donde la misma ley impide la interposición

⁵⁷ Sin perjuicio de la acción de tutela, la cual procede en escenarios donde se presenten vías de hecho en el ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Ver, entre otras: C-590/05, T-1110/05, C-713/08, T-945/08, T-1063/12.

⁵⁸ Como bien señala el maestro Devis Echandía en su destacada obra, los autos, a diferencia de las sentencias, son actos decisorios del juez en donde se resuelven todas aquellas cuestiones distintas a las decisiones definitivas de instancia, siendo estas cuestiones incidentales o accesorias, relacionadas con el asunto del proceso, o simplemente con el gobierno del mismo. En: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. 2ª edición. Tomo I. Bogotá. Editorial ABC. 1972. p. 371.

⁵⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 9ª edición. Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 2005. p. 749.

⁶⁰ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 318: “*Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra*

de recursos contra ciertas providencias, como en los escenarios en que se resuelve un conflicto de competencia⁶¹ o en los que de manera oficiosa el juez ordena la práctica de pruebas⁶², destacando que de tales posibilidades se excluye la sentencia, siendo este recurso predicable únicamente respecto de los autos, sin importar si se limitan a disponer un trámite o contienen pronunciamientos de fondo⁶³, abarcando de esta forma las providencias que ordenan el decreto de medidas cautelares innominadas o que fijan el monto de la caución para decretarlas, impedir las o levantarlas.

4.1.2 Recurso de Apelación

En la órbita de los recursos ordinarios, el recurso de apelación también es procedente contra el auto que decreta medidas cautelares innominadas y que es proferido por el Juez Civil del Circuito o el funcionario competente en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo función del Tribunal Superior de Distrito Judicial, como ya se advirtió sucintamente, quien es competente para conocer de la impugnación a la aludida providencia.

El recurso de apelación, en términos sencillos, es el desarrollo del principio de la doble instancia, que tiene por objeto que un juzgador de segunda instancia, distinto al que originalmente decidió una determinada cuestión en el trámite de un proceso, modifique o revoque una decisión recurrida y proferida por el funcionario judicial de primera instancia⁶⁴, como sucede con los autos que ordenan el decreto de medidas cautelares innominadas o que fijan el monto de la caución para decretarlas, impedir las o levantarlas⁶⁵.

La estructura de la apelación en el Código General del Proceso cuenta con etapas diseñadas para permitir al apelante sustentar las motivaciones por las cuales considera que la providencia debe ser modificada o revocada total o parcialmente y garantiza el

los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen [...]” (Negrillas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

⁶¹ *Ibíd.* Artículo 139: “*Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso. [...]*”

⁶² *Ibíd.* Artículo 169: “[...] *Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas. [...]*” (Negrillas fuera del texto original)

⁶³ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 280. Cabe destacar que el artículo 278 del Código General del Proceso elimina la distinción entre autos de sustanciación y autos interlocutorios que traía consagrada el Código de Procedimiento Civil.

⁶⁴ AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil*. 5ª Edición. Tomo II. Bogotá. Editorial Temis. 1997. p. 295.

⁶⁵ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 321: “Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: [...] 8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.” (Negrillas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

derecho de contradicción del sujeto procesal que se encuentra satisfecho con el contenido sustancial de la providencia, por medio de un traslado para que el mismo pueda oponerse a las motivaciones de la apelación. Hecho esto, el juez competente, que será un funcionario de superior jerarquía funcional, decidirá si mantiene en firme la decisión originaria o si la revoca en los términos solicitados por el recurrente⁶⁶.

En suma, tanto el recurso de reposición como el de apelación son procedentes contra el auto del Juez Civil del Circuito o del funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio que decreta la medida cautelar innominada, y será el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente quien revise tal decisión en sede de apelación⁶⁷ de acuerdo al parágrafo 3 del artículo 24 del CGP, el cual señala que “*las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable*”.

Cabe destacar que en materia de medidas cautelares, el artículo 298 del Código General del Proceso señala no solo que las estas providencias se cumplirán de inmediata desde la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, sino que la interposición de cualquier recurso no impedirá el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada, ya que todos estos se consideran interpuestos en el efecto

⁶⁶ *Ibidem*. Artículo 326: “Cuando se trate de apelación de un auto, del escrito de sustentación se dará traslado a la parte contraria en la forma y por el término previsto en el inciso segundo del artículo 110. Si fueren varios los recursos sustentados, el traslado será conjunto y común. Vencido el traslado se enviará el expediente o sus copias al superior”. Como bien señala el Código General del Proceso, en el caso de la apelación de autos, el recurso deberá ser sustentado en una primera oportunidad ante el mismo juez que dictó la providencia sea fuera o en el trámite de una audiencia. Luego de que este recurso es sustentado por el apelante, sea de forma verbal o escrita, la ley ordena que deba correrse traslado a la parte contraria, ya sea en audiencia permitiéndole hacer uso de la palabra o por secretaría cuando se trate de providencias dictadas fuera de audiencia, garantizando que la parte no apelante pueda oponerse a la motivación del recurso se enviará el expediente o sus copias al superior, quien solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

⁶⁷ De acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, “*Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces*”, lo que lleva a concluir de plano que las normas aplicables son las contenidas en la ley procesal civil para tales efectos. De igual forma señala que “*las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa*” y que “*las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.*”, o en casos de única instancia “*cuando la competencia la hubiese podido ejercer el juez en única instancia, los asuntos atribuidos a las autoridades administrativas se tramitarán en única instancia.*” (Negrillas fuera del texto original)

devolutivo⁶⁸, lo que significa que la interposición y trámite de cualquiera de ellos no suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso del proceso⁶⁹.

4.2 Críticas a los mecanismos de defensa procesal con que cuenta el demandado frente a la imposición de medidas cautelares innominadas en los procesos por competencia desleal

El propósito de este aparte, luego de haber efectuado una breve revisión al estado de cosas actual en la materia, es el de formular una serie de críticas a la estructura de defensa procesal con que cuenta el comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en los trámites por competencia desleal, a quien paradójicamente solo se le otorgan, para controvertir tales providencias, los mecanismos tradicionales de impugnación concedidos en el efecto devolutivo bajo el CGP y además se le garantiza el pago de una eventual prestación a título de caución constituida por el demandante en caso de que la sentencia le resulte desfavorable, con el objeto de reparar los posibles perjuicios irrogados.

Estas críticas tienen como propósito introducir al debate académico las deficiencias que en materia de defensa procesal aquí son evidenciadas, para que pueda existir discusión y reflexión sobre la posible situación de desprotección jurídica en que la parte demandada se podría ver envuelta, por cuanto carece de herramientas legales idóneas para proteger los derechos que constitucionalmente le deben asistir en el proceso. Para ello expondremos una serie de argumentos desde diversos escenarios jurídicos propios de las providencias cautelares, los cuales serán expuestos a continuación.

El soporte jurídico de las censuras aquí presentadas encuentra como punto de partida la introducción al ordenamiento jurídico nacional del Código General del Proceso, norma que es, sin duda alguna, una revolución en la manera en cómo se presta el servicio de justicia en Colombia, pues con este estatuto se materializan los nuevos lineamientos que se implantaron por la Constitución Política hace más de 20 años y se erige como pilar fundamental del proceso civil, la garantía y la materialización de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, de una tutela jurisdiccional efectiva y de un debido proceso de duración razonable⁷⁰.

⁶⁸ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 298: “Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregaran a la parte interesada. La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.” (Negritas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

⁶⁹ *Ibidem*. Artículo 323: “Podrá concederse la apelación [...]: 2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.”

⁷⁰ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 2.

Sin embargo, aun cuando este Código buscó transformar y “*constitucionalizar*” el proceso civil, introduciendo modificaciones significativas, en lo pertinente, a las más destacadas figuras procedimentales en lo civil, en lo que al derecho de defensa del demandado a quien se imponen medidas cautelares se refiere, el CGP se mantuvo incólume, reproduciendo las normas preexistentes que regulaban la defensa procesal del sujeto demandado en este tipo de trámites. Esto se puede evidenciar en el sistema de impugnación de providencias del nuevo código y en el régimen de cauciones en lo cautelar, pues si bien estas instituciones sufrieron algunos cambios estructurales, su armazón medular resultó ser igual o inferior, en cuanto a garantías procesales, al contemplado por el Código de Procedimiento Civil⁷¹.

4.2.1 Las medidas cautelares innominadas en el CGP: ¿Protegiendo la efectividad de los derechos del demandante o amparando las prerrogativas constitucionales del demandado?

La primera crítica que será efectuada, identifica la pugna jurídica entre efectividad vs. garantías, por cuanto, como se evidenciará en el presente escrito, bien parece que se han soslayado las segundas por asegurar la primeras a la luz del Código General del Proceso.

Como se ha advertido en las anteriores líneas, el CGP, aun cuando tuvo como propósito esencial el diseñar un estatuto procesal civil ajustado a los lineamientos constitucionales propios de un Estado social de derecho y a los criterios alusivos al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, también se construyó con el propósito fundamental de lograr la *efectividad* en los procesos judiciales. Como bien destaca el maestro Jairo Parra Quijano, una de las aspiraciones primarias de la creación del CGP fue la de lograr la real consecución de la efectividad de las actuaciones procesales⁷², erigiendo un verdadero estatuto, que como bien señala Marco Antonio

⁷¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 327: “*Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregaran a la parte interesada cuando se le haya notificado el auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo.*”. Colombia, Congreso de la República, Decretos 1400 y 2019 de 1970, expedidos el 6 de Agosto y el 20 de Octubre de 1970. De esta norma se puede constatar que bajo el Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares se cumplen no solo de forma inmediata, sino antes de su notificación al demandado, estructura que como ya advertimos es reproducida por el Código General del Proceso de manera textual. Sin embargo, aun cuando en el Código de Procedimiento Civil no existe una referencia expresa similar a la del Código General del Proceso donde se afirme que la interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada y que todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo, esto se puede colegir de otras disposiciones del CPC, pues el artículo 354 del aludido estatuto señala que por regla general, la apelación de los autos se concederá en el efecto devolutivo a menos que exista norma en contrario, salvedad inexistente en materia de medidas cautelares bajo el pasado régimen procesal. De igual forma, el hecho de que el pasado estatuto procesal no contara con medidas cautelares innominadas, hacía innecesaria una consagración expresa como la que se hace en el artículo 298 del nuevo régimen procesal, sin que ello signifique que a la luz del Código de Procedimiento Civil el trámite de los recursos frente a las providencias cautelares fuese disímil a lo que actualmente dispone el nuevo código.

⁷² De acuerdo con el maestro Jairo Parra Quijano, uno de los principios que orientan el nuevo Código General del Proceso es el de la *efectividad*, destacándola como aquella garantía en virtud de la cual lo solicitado y eventualmente concedido va a verse materializado y no se quedará en el campo de las meras expectativas. En:

Álvarez en su obra, brindara abrigo a los titulares de derechos reales agraviados; a los contratantes insatisfechos; a los acreedores burlados y a los poseedores en tránsito de usucapir, quienes hallarían en el tal código, un mecanismo que les permita rescatar su derecho⁷³.

Sin embargo, este argumento de efectividad predicado en la órbita del CGP no es del todo satisfactorio, pues como se puede evidenciar en el caso de las medidas cautelares, la parte demandada no ha recibido del nuevo estatuto procesal un mayor resguardo al que tenía bajo el procedimiento civil anterior, situación que resulta llamativa para su análisis. Así, la balanza procesal contemplada en el CGP se inclinó de nuevo hacia quienes ejercitan el derecho de acción, reforzando sus prerrogativas y configurando situaciones favorables para que pudiesen materializar sus derechos, pero como consecuencia de ello, desatendió las prerrogativas de la parte demandada, cuya situación jurídica se mantuvo incólume y sin modificaciones que le resultaran benéficas en términos eminentemente procedimentales.

Siguiendo con esta crítica, es pertinente señalar que el proceso de competencia desleal, como bien advertíamos en la parte II de este escrito, involucra necesariamente la participación de dos comerciantes, de dos empresarios transformados en partes que actúan en un proceso judicial. Identificando esta situación, las normas especiales de competencia, en aras de buscar la efectividad de los derechos de la parte demandante, le confirió desde el año 1996⁷⁴ –lo cual sería reforzado en el 2012 con la llegada del CGP⁷⁵– una serie de prerrogativas que le permitirían hacer realmente efectivas sus pretensiones, inclinando la balanza hacia el lado de la efectividad y dejando de lado el de las garantías procesales atinentes al derecho de defensa de la parte demandada.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p. 23.

⁷³ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 2.

⁷⁴ LEY 256 DE 1996. Artículo 31: “**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.**

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

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

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

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil”. Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996, expedida el 15 de Enero de 1996. (Negrilla fuera del texto original).

⁷⁵ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 590: “[...] *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:* 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”.* Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

Así, no solo se le brindó al demandante la posibilidad de diseñar y solicitar *cualquier* tipo de medida cautelar que pudiese proteger sus derechos, asegurando *ab initio* sus prerrogativas como accionante, sino que también le benefició con el hecho de que cualquier recurso que se tramitara contra tal providencia cautelar sería estudiado bajo el efecto devolutivo, impidiendo así la posibilidad de evitar, *ex ante*, los daños que por naturaleza este tipo de medidas causan en la órbita patrimonial del comerciante demandado –sin perjuicio de la caución, que como advertiremos, no es el medio idóneo para reparar los daños que por estos hechos sufre el comerciante demandado, pues como bien señala Mario E. Kaminker, “*la necesidad de la efectividad de las medidas (cautelares) impide la bilateralidad y admisión de recursos antes de la traba. Ello se dice compensado con la contracautela, lo que entiendo constituye ficción*”⁷⁶.

Entonces, si se le están reconociendo en las normas procesales tan amplias prerrogativas al demandante y si en aras de buscar la efectividad se le confieren estos prácticos mecanismos procesales⁷⁷, ¿por qué al comerciante demandado poco o nada se le ha reconocido en términos de su defensa frente a la imposición de medidas cautelares innominadas?⁷⁸.

Frente a este tipo de situaciones, la Corte Constitucional de Colombia ha tratado el concepto de *igualdad procesal*, en virtud del cual toda persona cuenta con iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un tratamiento exactamente igual, sin demás consideraciones. Así, ha señalado que en materia procesal, una determinada regulación legal resultará lesiva del principio constitucional de igualdad cuando las personas que se relacionan de una u otra forma con tal proceso son tratadas por la ley en forma diferente, a pesar de que deberían recibir un trato igual por mandato de la Constitución⁷⁹.

Este asunto, propio del núcleo esencial del derecho de contradicción, ha sido tratado a profundidad por Juan Monroy Gálvez en su Introducción al Proceso Civil, señalando que al interior del proceso se exige un *equilibrio* entre las personas acusadoras y acusadas y se deben brindar los medios adecuados para una defensa en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, permitiéndole al

⁷⁶ KAMINKER, Mario. *El derecho a recurrir y restricciones a este derecho*. En: *Debido Proceso: Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*. 1ª edición. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003. p. 220

⁷⁷ Frente al concepto de efectividad en la órbita del proceso, el maestro Francesco Carnelutti destacó que la posibilidad de su **ejecución y su aseguramiento** es el fin inmediato del proceso, dado por la garantía del desarrollo y del resultado del mismo. En: CARNELUTTI, Francesco. Citado por: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 23

⁷⁸ Aun cuando el demandado puede impetrar los recursos ordinarios en efecto devolutivo, cabe destacar que bajo los supuestos prácticos que en la actualidad son predicables de la administración de justicia nacional, los estos medios de impugnación no revisten un carácter efectivo que permita impedir la causación injustificada de daños a la parte demandada, puesto que su trámite de semanas e incluso meses son tiempo suficiente para soslayar los bienes y valores más relevantes con que cuenta un comerciante que es acusado de ejecutar actos de competencia desleal.

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-292 del 23 de Abril de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente: D-3727.

demandado presentar alegatos y medios probatorios eficientes, efectivos y suficientes para sustentar sus posiciones, siendo este el núcleo operativo y dinámico de este derecho⁸⁰. Ello quiere decir que así como la ley protege a ultranza al demandante y le brinda amplias prerrogativas en lo que a medidas cautelares se refiere, la misma debería plantear una situación objetiva de equilibrio, sin desnaturalizar la función propia de las cautelares, donde la parte demandada pueda contar con las herramientas idóneas para ejercer una defensa procesal eficiente y equilibrada, más cuando se enfrenta a unas “armas” procesales de gran alcance, con las que su contraparte ha sido legalmente dotada y las cuales están destinadas a garantizar su bienestar.

4.2.2 La necesidad de un equilibrio procesal entre demandante y demandado

El anunciado equilibrio procesal es requerido, entre otros motivos, debido a que la imposición de medidas cautelares innominadas, al revestir el carácter de atipicidad propio de su estructura, puede lesionar en mayores proporciones los derechos del demandado, pues al permitir que el juez disponga la medida que resulte útil al asunto al cual accede, pudiendo ir más allá de la norma y de acuerdo a su libre discernimiento, acorde con los lineamientos establecidos en la ley⁸¹, estaría dejando en una situación de vulnerabilidad al demandado, por cuanto este no conoce, siquiera en la menor medida, sobre qué pieza de su órbita patrimonial recaerá la cautela. Esta circunstancia de incertidumbre y desconocimiento previo sobre el contenido y alcance de la medida para el demandado, unida con la posibilidad de que recaiga sobre bienes tan sensibles para su actividad económica como su publicidad, sus productos, su establecimiento de comercio o su propiedad industrial, hacen que se requieran medios de defensa reforzados que operen como contrapesos a tan reforzadas prerrogativas y que en efecto, vayan más allá de los recursos tradicionales en el efecto devolutivo y de una escueta caución de carácter indemnizatorio, que como veremos a continuación, no cuenta con la capacidad intrínseca de reparar efectivamente los daños causados al comerciante demandado.

Otro motivo que demanda un mayor equilibrio procesal, es propio de los procesos de competencia desleal y responde a las motivaciones subjetivas que llevan a un comerciante a impugnar determinados actos de otro empresario, bajo el argumento de que se tratan de actuaciones desleales. Ello, pues existe un lindero ciertamente sombrío y borroso entre un acto ingenioso, perspicaz y hábil y un acto que pueda ser calificado por un competidor demandante como desleal, pues un episodio publicitario colmado de ingenio o una maniobra marcaría astuta y habilidosa podría afectar de tal forma la actividad empresarial de un comerciante, que este último encontraría en las medidas cautelares innominadas en los procesos de competencia desleal la salida ideal para

⁸⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. 1ª edición. Tomo I. Bogotá. Editorial Temis. 1996. p. 283 y ss.

⁸¹ FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código general del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. pp. 26-27.

evitar la ocurrencia de tan industriosas prácticas, aun cuando allí no se configure hecho desleal alguno.

Los argumentos previamente esbozados encuentran sustento en la posición planteada por el doctrinante Mariano Peláez Bardales en su obra sobre el proceso cautelar, quien señala que *“conforme se comprueba cotidianamente a través de la práctica profesional, no pocos litigantes que actúan con malicia y mala fe, utilizan exclusivamente las medidas cautelares, como mecanismos y armas de presión, pues su sola obtención, afectando en mayor medida la esfera patrimonial del demandado, les otorga una situación de ventaja frente a su contraparte. Hecho que les permite tener, como se reitera, una evidente posición de ventaja ante una eventual solución negociada que propiciarán una vez ejecutada o trabada la medida”*⁸², situación que resulta preocupante, pues si los jueces competentes comienzan a ser objeto de estas nefastas prácticas y proceden a decretar medidas cautelares innominadas de forma indiscriminada, desincentivarán la competencia y el crecimiento económico que la misma trae consigo, lo que justificaría entonces la creación y asunción de medidas encaminadas para asegurar que el comerciante demandado pueda defenderse de forma efectiva, e incluso, previa a la imposición de este tipo de medidas, en casos excepcionales.

4.2.3 La caución: Un mecanismo insuficiente para reparar el daño producido al demandado en materia de competencia desleal

El propósito del presente aparte es el de demostrar, de forma breve, la deficiencia de la caución como medio de reparación integral de perjuicios al demandado en la órbita de las medidas cautelares a la luz del Código General del Proceso.

La caución o *contracautela*, como es análogamente denominada, es aquella garantía que *“pone al ejecutado a salvo de posibles abusos y asegura una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa”*⁸³. En palabras de Héctor Quiroga Cubillos, es aquella prestación que el demandante debe ofrecer al juez su disposición para asegurar los posibles perjuicios que se puedan causar al demandado si el derecho no fuere reconocido en el fallo principal⁸⁴.

La primera crítica encuentra fundamento en uno de los aspectos en que hubo modificaciones relevantes en lo que respecta al tránsito legislativo del Código de Procedimiento Civil al Código General del Proceso en materia de cautelas, y es precisamente en la fijación que hace el juez del monto de la caución. El numeral 2 del

⁸² PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 19.

⁸³ *Ibidem*. p. 42

⁸⁴ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 51.

artículo 590 del CGP determina que *“para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida”* (Negrillas fuera del texto original).

Esta norma, que parece inverosímil y si se quiere, inusitada, plantea una abierta contravía al espíritu que en materia de cautelas asumió este nuevo estatuto procesal, pues pasó de conferir amplias libertades al juez y al demandante, a restringir de forma estática y casi inmóvil lo referente a la fijación del monto de la caución, como ulterior valor reparatorio en favor del demandado. Es decir, parece que no le fue suficiente al nuevo estatuto con ratificar el favoritismo a ultranza hacia el demandante y reforzar sus atribuciones procesales en lo que a cautelas se refiere, sino que transformó a la caución en una figura casi estacionaria y si se quiere, infructífera, pues concibió que los perjuicios que sufriría el demandado en caso de que la medida resulte injustificada, como quien transforma la ciencia jurídica en ciencia exacta, en el equivalente al 20% de las pretensiones estimadas o juramentadas en la demanda, lo cual resulta incoherente y desatinado con la realidad, aun cuando esto pueda ser eventualmente variado por el juez.

Esta situación, que resulta a todas luces inconcebible, es reseñada de forma acertada por el maestro Edgardo Villamil Portilla, quien señala que *“no hay una relación de necesidad entre pretensión y el perjuicio que se pueda causar, pues fijar el monto de la caución en el 20% del valor de la pretensión, equivale a suponer que los perjuicios que se causarían son el 20% de la pretensión lo que carece de sensatez, pues una pretensión de escasa magnitud económica puede causar estragos en el patrimonio o la persona del demandado, mientras que una pretensión enorme puede ser inocua, pues lo que puede causar daño es la medida en sí misma y no la pretensión”*⁸⁵ (Negrillas fuera del texto original).

La siguiente crítica a formular, a propósito de la caución, radica en la naturaleza de los procesos objeto de estudio en esta ponencia, a saber, los de competencia desleal. Ello, dado a que los bienes que son afectados por una medida cautelar innominada corresponden a los más relevantes valores del comerciante, como su clientela, su *good will* y su reputación cualificada en el mercado, y cuyos daños no serían fácilmente reparables con una suma de dinero o una prestación afín, ya que su valor intangible y su representatividad en las actividades empresariales de un comerciante en muchos casos no son avaluables en dinero. En suma, y como bien reseña la doctrinante Marcela Castro de Cifuentes, todos los esfuerzos de un empresario se encaminan a conquistar, conservar y aumentar su clientela, por lo que esta no solo constituye una

⁸⁵ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p. 183.

variable fundamental del establecimiento mercantil, sino que es el indicador del éxito de una empresa y el reflejo de la fama comercial del titular del establecimiento, de la calidad de sus productos o servicios y de muchos factores que contribuyen a la buena imagen de un negocio⁸⁶, situaciones difícilmente reparables con la caución, más aún en la forma en que el CGP la concibe.

Finalmente, consideramos que la situación contemplada por la letra c) del artículo 590 del Código General del Proceso en la que se señala que “*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*” tampoco hay un medio de defensa y de prevención que resulte idóneo para los intereses del demandado, pues no resulta pertinente que en todos los casos el empresario demandado deba soslayar su patrimonio para constituir una “*contracaución*” que le permita liberarse de la medida cautelar innominada, no solo por lo gravosa y cuantiosa que esta podría llegar a ser, sino porque este tipo de daños patrimoniales podrían ser evitados si se planteara una posibilidad excepcional de defensa para este sujeto, *ex ante* a la imposición de la medida o la fijación del monto de la contracaución, evitando así la causación de daños irreparables de forma anticipada.

4.2.4 El comerciante como sujeto de especial protección: Hacia una defensa procesal reforzada

El último aparte de las críticas efectuadas al sistema de defensa del comerciante demandado, más que un escenario para formular censuras y objeciones, tiene como propósito destacar la relevancia del empresario y del comerciante demandado en el derecho procesal, como un sujeto que merece una protección particular, no solo en lo que en materia de cautelas se refiere, sino frente al proceso *in genere*, dado el impacto que el mismo tiene en el orden económico y social del Estado.

En primera medida, es menester recordar, aunque parezca redundante, que el sujeto demandado es un comerciante, un empresario dentro de la estructura económica del estado. Ello significa que esta clase de sujetos son a todas luces el motor de desarrollo de la economía desde el punto de vista de la productividad y el crecimiento económico, siendo instrumentos de desarrollo social, en la medida en que generan empleo, riqueza y tributos⁸⁷ y cuyo impacto en la economía y el bienestar del estado los hace merecedores de un especial tratamiento por parte del mismo⁸⁸.

⁸⁶ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial*. 21ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 50.

⁸⁷ VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Instituciones de derecho comercial*. 5ª edición. Medellín. Señal Editora. 2008. p. 172.

⁸⁸ En cuanto a la denominada *discriminación positiva* a que ha hecho referencia la Corte Constitucional de Colombia efectuando una interpretación del artículo 13 de la Carta Política, se ha comprendido que el favorecimiento a ciertos grupos por medio de medidas o decisiones públicas no se circunscribe exclusivamente a personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, por lo que los empresarios

Por este motivo, y luego de examinar las críticas previamente esbozadas, resulta pertinente reflexionar acerca de las posibilidades reales que el ordenamiento procesal colombiano podría encontrar para garantizar los derechos que hemos identificado como vulnerados. Consideramos, sin ánimo de formular afirmaciones absolutas, que podría introducirse al debate académico la idea de un nuevo mecanismo procesal en favor del demandado, que revista la forma de recurso excepcional y que permita equilibrar las cargas procesales en materia de cautelas, lo cual no se justifica únicamente desde la óptica de los eventuales perjuicios que pueden significar este tipo de medidas para el comerciante demandado, sino que también desde la perspectiva de los eventuales perjuicios que este tipo de medidas pueden representar para la economía y la competencia en su generalidad.

Así, consideramos, que esta nueva figura procesal que se propone, debe consistir en un recurso, el cual debe ser de carácter *excepcional* y debe permitir un control *rápido, especializado y preferencial* de las medidas cautelares que han sido dictadas por el juez de instancia. Este nuevo recurso en esta materia, se tramitaría de una manera similar al recurso de reconsideración ya existente hoy en día en el ordenamiento jurídico colombiano.

Esta *nueva* figura procesal, con el fin de evitar la congestión judicial y en especial, la desnaturalización del propósito de las medidas cautelares innominadas, permitiría al demandado, con la observancia de unas causales taxativas y restringidas por la ley, un trámite ante un funcionario de igual jerarquía, sea este juez ordinario o un operador judicial de Superintendencia de Industria y Comercio, para que en una diligencia breve se le permita al demandado esgrimir sus argumentos puntuales, siempre que allí se evidencie un error judicial en la apreciación y valoración de los requisitos y criterios que fueron expuestos en este escrito, para que así se le permita al demandado defenderse *ex ante* y no tener que esperar hasta el final del proceso para que un caso abiertamente injustificado pueda ser fallado en lo que a cautelas se refiere, de forma anticipada, evitando la generación innecesaria de perjuicios a este sujeto.

CONCLUSIÓN

De la presente disertación académica, entre otros puntos sustanciales, se pudo identificar el estado actual del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal, desde dos órbitas temporales distintas.

y comerciantes pueden ser objeto de medidas especiales con mayores prerrogativas, en este caso, en lo procesal. Frente a ello tal corporación ha afirmado vehementemente que “*el Congreso puede también crear, por iniciativa propia o del Gobierno, nuevas acciones o políticas afirmativas en favor de sujetos o poblaciones que por sus circunstancias particulares, considere merecedores de especial protección*” reforzando el argumento de estos sujetos, por su relevancia económica y social, merece un especial amparo del estado. En: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-765 del 3 de Octubre de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: PE-035. (Negrillas fuera del texto original).

Así, se evidenció que en lo que *antes* de su imposición respecta, los criterios valorativos con que cuenta el juez también configuran una defensa efectiva a este derecho y que su nivel de abstracción e indeterminación a la luz del Código General del Proceso, si bien puede tratarse de una concepción lesiva de las prerrogativas del demandado, ha sido subsanada por autoridades como la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de funciones judiciales en materia de competencia desleal, pues por la vía de pronunciamientos judiciales ha procurado por hacerlos más concretos, específicos y claros, reforzando así, indirectamente, la defensa del comerciante demandado.

De igual forma se pudo vislumbrar cómo en lo que en materia de defensa procesal propiamente dicha se refiere, el demandado se encuentra en una clara situación de desequilibrio, pues la procedencia de estas medidas, la estructura de los recursos que contra ellas proceden y el diseño de una supuesta caución, no son suficiente garantía para sus derechos, por lo que resultaría acertado introducir al debate académico jurídico-procesal la idea de nuevos medios que refuercen su defensa y que permitan asegurar y materializar las premisas constitucionales que en situación de igualdad le deben asistir al interior del proceso.

REFERENCIAS

ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil*. 5ª Edición. Tomo II. Bogotá. Editorial Temis. 1997.

BARROZO OSORIO, Tulia. “De las medidas cautelares en general” En: *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Volumen 4. N° 1. Cartagena de Indias. Universidad Libre – Sede Cartagena. 2010.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial*. 21ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-383 del 5 de Abril de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-2557.

-----Sentencia C-292 del 23 de Abril de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente: D-3727.

-----Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974

-----Sentencia C-523 del 4 de Agosto de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-7612.

Sentencia C-197 del 14 de Marzo de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt -
-----Chaljub. Expediente D-8533.

-----Sentencia C-835 del 20 de Noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Nilson
Pinilla Pinilla, Expediente: D-9626.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. 2ª edición. Tomo
I. Bogotá. Editorial ABC. 1972.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. “*Las medidas cautelares en el nuevo Código
Procesal Civil Hondureño*” En: *Módulo Instruccional – Medidas cautelares en el
Proceso Civil Hondureño*. Escuela Judicial de Honduras. Tegucigalpa – Santa Rosa de
Copán. 2010.

FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código general del Proceso*. 1ª
edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo, GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas
Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005.

GILSANZ USUNAGA, Javier. *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial
cautelar*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010.

KAMINKER, Mario. *El derecho a recurrir y restricciones a este derecho*. En: *Debido
Proceso: Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*. 1ª edición. Buenos
Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código
General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso
Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 9ª edición.
Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 2005.

MAQUES, Natalia y SAC, Matías. *Las Medidas Cautelares contra la Administración
Pública: Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el
Derecho Procesal Administrativo*. 1ª edición. Buenos Aires.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso
Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013 y Reflexiones sobre algunos aspectos
importantes del Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de
Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.

PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial
Grijley. 2007.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007

ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 389 del 13 de febrero de 2004.
-----Auto No. 587 del 12 de Marzo de 2010.
-----Auto No. 3384 de 28 de noviembre de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.