El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Asunto: Auto – 2ª instancia que resuelve una apelación – 06 de diciembre de 2016

Radicación: 66001-31-03-004-2016-00207-01

Demandantes: HILDA MARÍA GÓMEZ CORREA

Demandados: OPERADORA AVÍCOLA DE COLOMBIA S.A.S.

Proceso: Incumplimiento de contrato

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**TEMAS: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO / SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA EN EL REGISTRO MERCANTIL / MEDIDA CAUTELAR RECHAZADA POR EL A QUO/ SE CONFIRMA / “**Ante tal requerimiento, el asesor judicial de la demandante, manifiesta al juzgado que por error involuntario “se obvió incluir una petición para dar cumplimiento a tal requisito”, por lo que solicita al despacho, de conformidad con los artículos 590 y 591 del CGP, se decrete la cautela de inscripción de la demanda en la matrícula mercantil No. 180716 de la Cámara de Comercio de Aburrá Sur, “obviando así el Requisito de Procedibilidad para acudir ante este estrado judicial.” (fls. 20-21 íd).

Claramente se observa que lo que pretende el citado profesional del derecho es obviar, como él mismo lo dice, el requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, circunstancia que no puede acolitar este estrado judicial. En situaciones semejantes la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “Ha de verse, además, que avalar una interpretación como la que sugiere el inconforme, daría al traste no sólo con la regulación prevista para las medidas cautelares en procesos declarativos (pues, serían inocuos los literales a y b del art. 590 del C. G. del P. C., si se permitiera, indiscriminadamente, el decreto de embargos y secuestros desde la admisión de la demanda en procesos declarativos), sino también con la ostensible intención del legislador de promover la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (ya que le bastaría a todo demandante con solicitar cualquier clase de medida cautelar, por más ostensible que sea su improcedencia, para evitar el agotamiento de la conciliación prejudicial). (Subrayado y negritas intencionales)

Lo anterior sería suficiente para despachar desfavorablemente el recurso impetrado, no obstante esta Magistratura considera pertinente pronunciarse sobre la medida cautelar deprecada.”

(…)

“Si bien el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 y el parágrafo 1º del 590 del CGP, autorizan a la pate demandante que acuda directamente a la jurisdicción, cuando en el proceso que se trate se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, tal prerrogativa, entiende esta Magistratura, está condicionada a la viabilidad de la respectiva cautela, hipótesis que no se verifica en el asunto sub lite, en tanto que la inscripción de la demanda en la matrícula mercantil de la sociedad llamada a juicio, que solicitó la parte demandante, no es procedente como medida cautelar previa en procesos declarativos similares al de la referencia.

Ciertamente, el artículo 590 del CGP es claro en indicar que en los procesos de tal naturaleza, la específica medida solicitada (inscripción de la demanda) procede únicamente cuando la demanda verse sobre bienes sujetos a registro.”

(…)

“De conformidad con lo que antecede, no cabe duda que los argumentos aquí traídos por la parte inconforme están llamados al fracaso, teniendo en cuenta que la medida cautelar reclamada por la parte actora no produce los efectos por ésta pretendidos, esto es, asegurar los resultados que ha de producir la sentencia, pues la inscripción de la demanda en el registro mercantil de la sociedad demandada sólo constituye una anotación que da publicidad sobre la existencia o pendencia del proceso, pero no constituye en sí una cautela, una forma especial de garantía en caso de resultar favorable las pretensiones de la demanda.

Y es que tampoco la reseñada cautela era procedente a la luz del literal c del precitado artículo 590, como lo reclama el opugnante; pues tal precepto (aplicable a asuntos que por sus particularidades resulten ciertamente excepcionales) permite que el juez de conocimiento decrete cualquier otra medida (distinta de la inscripción de la demanda, del embargo y del secuestro, cuya regulación quedó establecida en los literales a y b de la misma disposición) que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio.”

**Citación jurisprudencial:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CASACION CIVIL, sentencia STC11653-2015, del 2 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez. / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL, STC12573-2014 Radicación n.° 11001-02-03-000-2014-02049-00, 18 de septiembre de 2014, M.P. TOLOSA VILLABONA Luis Armando.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-621 de 2003.

**------------------------------------------------------------**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado: **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, seis (6) de diciembre de 2016

Expediente: 66001-31-03-004-2016-00207-01

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**I. ASUNTO**

Se decide el recurso de apelación formulado contra el auto proferido el 11 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del trámite de la demanda que por incumplimiento de contrato, propuso HILDA MARÍA GÓMEZ CORREA, contra la OPERADORA AVÍCOLA DE COLOMBIA S.A.S.

**II. ANTECEDENTES**

1. En el referido proceso, decidió la  *a quo*  inadmitir la demanda por cuanto no se allegó *“la audiencia extrajudicial de que trata el artículo 38 de la ley 640 de 2001, requisito de procedibilidad indispensable para este tipo de procesos.”* Le ordenó subsanar tal falencia.(fl. 19 cd. ppal.).

2. Ante tal requerimiento, el asesor judicial de la demandante, manifiesta al juzgado que por error involuntario obvió incluir una petición para dar cumplimiento a tal requisito; por lo que solicita al despacho, de conformidad con los artículos 590 y 591 del CGP, se decrete la cautela de inscripción de la demanda en la matrícula mercantil No. 180716 de la Cámara de Comercio de Aburrá Sur, *“obviando así el Requisito de Procedibilidad para acudir ante este estrado judicial.”* (fls. 20-21 íd).

3. Con proveído del 11 de julio de este año, el juzgado no tuvo por subsanada dicha falencia y resolvió rechazar la demanda. Adujo, las medidas proceden siempre y cuando el bien se encuentre sujeto a registro y en el presente caso la matrícula mercantil no tiene estas connotaciones.

4. Los motivos de inconformidad de la parte demandante contra la mencionada providencia, se formularon por vía de reposición y en subsidio apelación, alegando entre otras las siguientes razones:

4.1. El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 es claro en señalar que se puede acudir directamente a la jurisdicción cuando se pretenda solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares, sin que establezca taxativamente que las mismas deban recaer sobre bienes sujetos a registro.

4.2. Aduce que la medida fue pedida con fundamento en el literal C del artículo 590 del CGP y no en el literal A como lo entendió el despacho judicial, por lo que el tema tiene que ver es con las medidas innominadas. Estima que las medidas cautelares no debe limitarlas el operador judicial para que recaigan exclusivamente sobre aquellos bienes tangibles que son sujetos a registro, aunque cabe aclarar, dice, la matrícula mercantil es un registro de orden público administrado por la Cámaras de Comercio, que de acuerdo con el artículo 28-8 del Código de Comercio en tal registro se inscriben las medidas cautelares y demandas civiles.

4.3. Señala que la medida cautelar innominada pretendida, tiene como fin dar publicidad a terceros de la iniciación del proceso y evitar que el demandado realice movimientos societarios o mercantiles que puedan conllevar a no cumplir la sentencia de ser favorable. En sustento de sus dichos trae en cita conceptos cobre medidas cautelares innominadas y pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades.

4.4. Finalmente, añade que de no accederse a la cautela solicitada, no se rechace la demanda ya que se cumplió con el presupuesto del artículo 30 de la Ley 640 de 2001, en el sentido que cuanto en el proceso se requiera el decreto y práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente a la jurisdicción, sin que la norma refiera que la medida deba ser decretada, basta con ser solicitada, para no hacer exigible el requisito de procedibilidad (fl. 28 a 33 íd).

5. Por auto de 5 de agosto de 2016 la a quo, después de traer a colación pronunciamiento de esta Corporación, mantuvo su decisión y concedió la alzada ante esta instancia (fl. 34 a 38 íd).

6. Enseguida, adjuntó el apelante escrito de sustentación con argumentos idénticos a los planteados en su queja inicial (fl. 40 a 45 íd).

7. Cumplido el trámite del recurso, procede la Sala a resolverlo.

**III. CONSIDERACIONES**

1. El auto recurrido es apelable, por virtud del inciso segundo, numeral 1 del artículo 321 del CGP. Esta Corporación tiene competencia para conocer del recurso vertical, ya que es el superior funcional del juzgado que dictó la providencia confutada, además, ha sido debidamente sustentado por quien se considera afectado.

2. En este sentido, corresponde al Tribunal determinar si la decisión de la señora Juez Cuarto Civil del Circuito de Pereira, consistente en el rechazo de la demanda por no haberse cumplido el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, tiene o no asidero jurídico y, por lo tanto, debe o no mantenerse.

3. En principio, ha de decirse que el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 prescribe: *“En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contenciosa administrativa, laboral y de familia…”*

4. El litigio puesto a consideración del Juzgado Cuarto Civil del Circuito (responsabilidad civil contractual) es de los que contempla el citado artículo, por lo cual era requisito para que la actora pudiese acudir a la jurisdicción civil, acreditar la conciliación previa que ordena tal normativa.

5. Es evidente que, como lo acreditan los documentos que obran en el expediente, a la presentación de la demanda no se cumplió dicha exigencia, a pesar de no haberse solicitado medidas cautelares, por lo cual la a quo resolvió inadmitirla; concedió 5 días a la parte demandante para que la subsanara.

6. Ante tal requerimiento, el asesor judicial de la demandante, manifiesta al juzgado que por error involuntario *“se obvió incluir una petición para dar cumplimiento a tal requisito”*, por lo que solicita al despacho, de conformidad con los artículos 590 y 591 del CGP, se decrete la cautela de inscripción de la demanda en la matrícula mercantil No. 180716 de la Cámara de Comercio de Aburrá Sur, *“obviando así el Requisito de Procedibilidad para acudir ante este estrado judicial.”* (fls. 20-21 íd).

7. Claramente se observa que lo que pretende el citado profesional del derecho es obviar, como él mismo lo dice, el requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, circunstancia que no puede acolitar este estrado judicial. En situaciones semejantes la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“Ha de verse, además, que avalar una interpretación como la que sugiere el inconforme, daría al traste no sólo con la regulación prevista para las medidas cautelares en procesos declarativos (pues, serían inocuos los literales a y b del art. 590 del C. G. del P. C., si se permitiera, indiscriminadamente, el decreto de embargos y secuestros desde la admisión de la demanda en procesos declarativos),* ***sino también con la ostensible intención del legislador de promover la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (ya que le bastaría a todo demandante con solicitar cualquier clase de medida cautelar, por más ostensible que sea su improcedencia, para evitar el agotamiento de la conciliación prejudicial).*[[1]](#footnote-1)**(Subrayado y negritas intencionales)

8. Lo anterior sería suficiente para despachar desfavorablemente el recurso impetrado, no obstante esta Magistratura considera pertinente pronunciarse sobre la medida cautelar deprecada.

8.1. Como se sabe, las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud a que comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivo[[2]](#footnote-2).

8.2. El régimen de estas medidas quedó recogido en el Libro Cuarto del Código General del Proceso y se diferenciaron para los procesos declarativos, los de familia y los ejecutivos. Colombia acoge la posibilidad de medidas cautelares para los dos primeros en su condición de innominadas, atípicas o genéricas. El artículo 590 del CGP reglamenta las medidas cautelares en procesos declarativos, en el 598 en los de familia y en el 599 en los ejecutivos.

Así, tratándose de procesos declarativos, según las reglas del artículo 590, desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

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.

8.3. En el caso bajo estudio se tiene que el recurrente *“para obviar el Requisito de Procedibilidad”,* pidió decretar como medida cautelar *“la inscripción de la presente demanda en la matrícula mercantil número 180716 de la Cámara de Comercio de Aburrá Sur…”*

Si bien el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 y el parágrafo 1º del 590 del CGP, autorizan a la pate demandante que acuda directamente a la jurisdicción, cuando en el proceso que se trate se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, tal prerrogativa, entiende esta Magistratura, está condicionada a la viabilidad de la respectiva cautela, hipótesis que no se verifica en el asunto sub lite, en tanto que la inscripción de la demanda en la matrícula mercantil de la sociedad llamada a juicio, que solicitó la parte demandante, no es procedente como medida cautelar previa en procesos declarativos similares al de la referencia.

Ciertamente, el artículo 590 del CGP es claro en indicar que en los procesos de tal naturaleza, la específica medida solicitada (inscripción de la demanda) procede únicamente cuando la demanda verse sobre bienes sujetos a registro.

8.4. Ahora, a la voces del artículo 26 del Código de Comercio, la matrícula mercantil es un medio de identificación del comerciante y de sus establecimientos de comercio, así como prueba de existencia de uno y de otro, mientras que el registro mercantil, a cargo de las cámaras de comercio, tiene por objeto llevar tal información, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad. Con relación a esta figura, la Corte Constitucional ha dicho:

*“Coinciden unánimemente la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que el registro mercantil es un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público el conocimiento ciertos datos relevantes para el tráfico mercantil. Algunos hechos y actividades de esta naturaleza producen efectos no sólo entre la partes, sino también frente a terceros, por lo cual, por razones de seguridad jurídica, es menester que exista un mecanismo para su conocimiento público. Por ello, la ley impone al comerciante la obligación de dar publicidad a tales hechos o actos, así como su propia condición de comerciante. Este interés de terceros, señala acertadamente Garrigues, no es un interés difuso, sino concreto.*

*A diferencia de otros registros que son de naturaleza real, como el registro inmobiliario, el registro mercantil es de naturaleza personal porque lo inscrito es la persona misma en su condición de comerciante y los hechos y actos que a él lo afectan frente a terceros. Usualmente se le reconoce un carácter meramente declarativo, en cuanto es simplemente un mecanismo de publicidad de ciertos hechos o actos relevantes en el tráfico mercantil. Es decir, la inscripción en el registro no es un requisito de aquellos que son necesarios para la existencia o para la validez de los actos jurídicos inscritos, sino que únicamente los hace conocidos y por lo tanto “oponibles” a los terceros. Así, una vez hecho el correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de “publicidad material del registro”, en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos. Por lo anterior, la doctrina señala que la finalidad inmediata del registro es dar seguridad a las relaciones que implican la responsabilidad jurídica del comerciante.”[[3]](#footnote-3)*

8.5. De ahí que, tal y como lo ha sostenido la doctrina, *“por el solo hecho de la anotación de la demanda no puede afirmarse que se ha mejorado o desmejorado el derecho o los derechos que aparecen inscritos; ni mucho menos constituye una garantía a favor del demandante, ni le otorga facultades para enajenar o transmitir el derecho, solamente la anotación de la demanda está dirigida a la publicación del proceso”[[4]](#footnote-4)*.

8.6. La Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, al examinar un asunto en el que se debatió la procedencia de la medida cautelar similar a la aquí estudiada, señaló que la hermenéutica en la que se basó el Tribunal Superior de Bucaramanga demandado, no luce arbitraria. En seguida se trascribe parte de su pronunciamiento, que comparte esta Magistratura:

*«…en trámites como el que nos convoca, la inscripción de la demanda sólo puede pesar sobre bienes del demandado sujetos a registro, los que, no está de más decirlo, deben determinarse con precisión, con arreglo a lo pontificado por el inciso final del art. 76 del C. de P. C. La matrícula mercantil de la persona jurídica accionada, que fue lo afectado en atención a la súplica del demandante, no constituye, ni de cerca, un bien, como sí lo son, por ejemplo, sus establecimientos de comercio, llámense sucursales o agencias (arts. 263 y 264 del Código de Comercio), con todos los elementos que los integran como unidades económicas (art. 516 ibíd.), incluyéndose dentro de éstos el nombre comercial, que como propiedad industrial que es, no es más que un bien, que se ha de diferenciar del nombre legal o atributo de la personalidad que es un derecho cuya mutación no está sujeta a registro mercantil y que recibe el mote de razón o denominación social según sea su forma de composición, atendiendo al tipo societario de que se trate (arts. 303 y 373 ibíd.)» (fls. 78 y 79)[[5]](#footnote-5).*  Subrayas propias.

8.7. De conformidad con lo que antecede, no cabe duda que los argumentos aquí traídos por la parte inconforme están llamados al fracaso, teniendo en cuenta que la medida cautelar reclamada por la parte actora no produce los efectos por ésta pretendidos, esto es, asegurar los resultados que ha de producir la sentencia, pues la inscripción de la demanda en el registro mercantil de la sociedad demandada sólo constituye una anotación que da publicidad sobre la existencia o pendencia del proceso, pero no constituye en sí una cautela, una forma especial de garantía en caso de resultar favorable las pretensiones de la demanda.

8.8. Y es que tampoco la reseñada cautela era procedente a la luz del literal c del precitado artículo 590, como lo reclama el opugnante; pues tal precepto (aplicable a asuntos que por sus particularidades resulten ciertamente excepcionales) permite que el juez de conocimiento decrete cualquier otra medida (distinta de la inscripción de la demanda, del embargo y del secuestro, cuya regulación quedó establecida en los literales a y b de la misma disposición) que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio.

9. Surge entonces de contera, la confirmación del auto apelado.

**IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria Civil Familia de Decisión, **RESUELVE**: **CONFIRMAR** el auto impugnado.

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Magistrado

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICA POR ESTADO DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CASACION CIVIL, sentencia STC11653-2015, del 2 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-039 del 27 abril de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-621 de 2003. [↑](#footnote-ref-3)
4. QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Procesos y Medidas Cautelares. Segunda Edición. 1991. Pág 237. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL, STC12573-2014 Radicación n.° 11001-02-03-000-2014-02049-00, 18 de septiembre de 2014, M.P. TOLOSA VILLABONA Luis Armando. [↑](#footnote-ref-5)