



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

“La diligencia de toma de posesión no constituye una medida cautelar sino una medida de protección dentro del proceso de captación masiva e ilegal de dinero”

Tilcia Rosa Vergel Lafaurie

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho  
Área de Profundización en Derecho Procesal  
Bogotá D.C.  
2018



“La diligencia de toma de posesión no constituye una medida cautelar sino una medida de protección dentro del proceso de captación masiva e ilegal de dinero”

Tilcia Rosa Vergel Lafaurie

Trabajo presentado como requisito para optar al título de  
Magister en Derecho

Director  
Jorge Armando Corredor  
Codirector  
Caviedes Estanislao Escalante

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho  
Área de Profundización en Derecho Procesal  
Bogotá D.C.  
2018



*Este trabajo se lo dedico  
al proveedor de los deseos de mi corazón,  
aquel que me levanta,  
me llena de gozo y  
me permite vivir bajo su infinita misericordia.*



## Agradecimientos

Gracias a ti CATG que me impulsaste a comenzar y todos aquellos que me permitieron perder sus fiestas de cumpleaños, celebraciones y me brindaron palabras de apoyo cuando lo necesitaba.



## Resumen

La medida de intervención denominada “toma de posesión de bienes, haberes y derechos” sobre los sujetos intervenidos en el proceso de captación masiva e ilegal de dinero, establecen que el Agente Interventor realice una diligencia de toma de posesión en los bienes de propiedad de los intervenidos para la ejecución de las medidas de intervención que trata el Decreto 4334 del 2008. Dicha diligencia se encuentra precariamente establecida en las disposiciones legales que rigen la materia y, como consecuencia de ello, puede ser confundida con las medidas cautelares ordenadas en el Decreto mencionado. En ese contexto, se intenta establecer que la diligencia de toma de posesión en los procesos de captación masiva e ilegal de dinero en Colombia, corresponde a una medida de protección urgente y extraordinaria, para lo cual será necesario entonces, identificar los elementos constitutivos, efectos y responsabilidades de la misma.

## Abstract

The intervention measure called "taking possession of assets, assets and rights" on the subjects intervened in the process of massive and illegal collection of money, establish that the Internal Auditor performs a takeover of property owned by the parties. intervened for the execution of the intervention measures dealt with in Decree 4334 of 2008. This procedure is precariously established in the legal provisions that govern the matter and, as a consequence, can be confused with the precautionary measures ordered in the aforementioned Decree. In this context, it is tried to establish that the taking of possession in the processes of massive and illegal collection of money in Colombia, corresponds to an urgent and extraordinary protection measure, for which it will be necessary then, to identify the constituent elements, effects and responsibilities of it

## Palabras Claves

Toma de Posesión/ Agente Interventor/ Medidas Cautelares/ Medidas Provisionales/ Diferencias/

# Contenido

	Pág.
<b>Resumen y Abstract .....</b>	<b>IX</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Aspectos conceptuales del fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero</b>	<b>5</b>
1.1 Intervención del Estado en los mercados financieros .....	5
1.2 Actividad Financiera en crisis en Colombia.....	11
1.3 Proceso de Captación Masiva y Habitual.....	15
<b>2. Las medidas cautelares en Colombia.....</b>	<b>23</b>
2.1 Conceptualización .....	23
2.2 Las medidas cautelares en Colombia.....	24
<b>3. Análisis de la diligencia de toma de posesión como medida de cautelar o medida de protección dentro del proceso de captación ordenado por la superintendencia de sociedades.....</b>	<b>39</b>
3.1 Superintendencia de Sociedades en calidad de autoridad jurisdiccional dentro del proceso de captación masiva e ilegal del proceso.....	39
3.2 La diligencia de toma de posesión propiamente dicha .....	45
3.3 La diligencia de toma de posesión como medida de protección .....	47
3.4 Efectos de la diligencia de toma de posesión en la apertura del proceso de liquidación por concepto de intervención .....	67
<b>4. Conclusiones .....</b>	<b>77</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>81</b>



# Introducción

El fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero ocasionado con las denominadas pirámides en el territorio nacional ha suscitado diferentes análisis desde el punto de vista normativo y punitivo. No obstante, el problema de este fenómeno no sólo reside en el ámbito de la responsabilidad penal, sino que se desenvuelve en las diversas crisis económicas y financieras de los últimos años, al igual que las formas y procedimientos legales utilizados por el Estado para contrarrestar las actividades no autorizadas por éste.

Este tema cobra importancia en el estudio del Derecho por la articulación de diversas fuentes que integran el sistema normativo, dentro de las cuales la jurisprudencia es protagonista, debido a la carencia de disposiciones normativas en las medidas cautelares previstas para el proceso de intervención por captación masiva e ilegal de dinero y a su constante remisión directa e indirecta a la Ley 1116 del 2006 y al Código General del Proceso, aspecto que a la finalidad procura generar protección de los intereses de las personas afectadas o, en su defecto plantea un reformulación.

En ese orden de ideas, uno de los papeles fundamentales que le asiste al Estado tiene que ver con la facultad de intervenir en los mercados financieros con el propósito de sostener el óptimo funcionamiento económico de sus actores, intervinientes y el propio.

Las medidas regulatorias, preventivas o sancionatorias ejercidas por el Estado ante el fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero se encuentran consignadas, inicialmente, mediante el decreto 1981 de 1988 reglamentario del decreto 2920 de 1982. Posteriormente, con la crisis social y económica generada por la caída de las empresas captadoras de dinero el Gobierno Nacional promulgó los decretos legislativos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008, reglamentados a través del decreto 1910 del 27 de mayo 2009, y el legislador previo la remisión directa a la Ley de Insolvencia y al Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero ante los posibles vacíos normativos de las citadas disposiciones.

Bajo estas consideraciones, en el texto se presenta un análisis del procedimiento de intervención por captación masiva e ilegal de dinero, el cual tiene por objeto devolver la totalidad de los recursos obtenidos del público general sin autorización legal para ello, cuya máxima autoridad administrativa es la Superintendencia de Sociedades, para lo cual el legislador previó unos efectos jurídicos ante la orden de intervención; entre los cuales se destaca la diligencia de toma de posesión para la guarda de bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, la remoción de los administradores y la designación de un agente interventor, entre otros.

Analizando para tal efecto la diligencia de toma de posesión, la cual no se encuentra definida en las disposiciones legales ni en los decretos reglamentarios del procedimiento de intervención, pero que por analogía la Superintendencia de Sociedades la ha equiparado a una medida cautelar de embargo y secuestro.

Aun cuando se pretermitió su definición, el legislador insinuó la finalidad de las diligencias de toma de posesión, las cuales se encaminan a perseguir todos y cada uno de los bienes, derechos y haberes pertenecientes intervenido, con el objeto de garantizar que los dineros entregados por el público en general se han devueltos en mayor o menor forma, salvo el pago de perjuicios o intereses ocasionados por los actos de captación sin autorización legal.

De otra parte, los análisis en cuestión entran en el ámbito de lo sustancial, y en lo relativo a reflexionar si dicha diligencia puede ser considerada como una medida cautelar, puesto que la finalidad propuesta por el legislador y los efectos previstos en la toma de captación masiva e ilegal de dinero, con llevan a determinar que se relacionan con el aseguramiento y protección de los bienes de las personas intervenidas, también denominada medida de protección.

Por supuesto, dicha problemática plantea la siguiente pregunta de investigación: *¿Podría considerarse que la diligencia de toma de posesión prevista en el numeral 4 del artículo*

*9° del Decreto 4334 del 2008, sea una medida cautelar en el proceso de captación masiva e ilegal de dinero?*

Así las cosas, la presente propuesta de investigación plantea determinar si a partir de las disposiciones normativas vigentes y la jurisprudencia respecto del proceso de captación masiva, puede considerarse la diligencia de toma de posesión como una medida cautelar o de protección, refiriéndose aspectos de índole de competencia en su decreto y práctica ante tenedores y poseedores de los bienes; garantía efectividad de la medida (protección o cautelar) en el proceso de intervención estatal en el tiempo y responsabilidad del agente interventor.

En consecuencia, el presente trabajo de investigación busca reflexionar, y no proporcionar un concepto o definición de lo que debe entenderse por diligencia de toma de posesión, sino exponer los argumentos jurídicos y jurisprudenciales por los cuales dicha diligencia no puede ser considerada como una medida cautelar sino de protección.

El método de investigación a utilizar en el presente documento es el titulado como *dogmática jurídica*, el cual busca analizar las normas que regulan la materia, en este caso los Decretos 2920 de 1982, 4333 y 4334 del 2008, Decreto 1910 de 2009, Ley de Insolvencia, Código General del Proceso, además de las disposiciones normativas sobre el tema establecidas en Colombia tanto para el tema de la medida de intervención por captación como las medidas cautelares, y a su vez, reconstruir criterios legales a través de la revisión jurisprudencial de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana y el Consejo de Estado, al igual que los pronunciamientos doctrinarios emitidos por la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera de Colombia respecto de los temas enunciados, con la pretensión de exponer la interpretación que han dado estas entidades judiciales y administrativas en la *“diligencia toma de posesión”*, por lo cual el método a utilizar corresponderá al *análisis jurisprudencial*. Respecto de la metodología adelantada es descriptiva-reflexiva, habida cuenta que procura exponer características de un fenómeno específico, que particularmente se dirige a uno de los efectos de determinar si la figura de la *“diligencia de toma de posesión”* puede ser considerada una medida cautelar propiamente dicha.

Bajo ese entendido, este escrito se circunscribirá en describir los aspectos conceptuales del fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero, construido desde los conceptos básicos de intervención del Estado en los mercados financieros a través de la función de intermediación financiera y, finalizando, con el procedimiento de captación masiva e ilegal de dinero previsto en Colombia, los cuales permiten comprender conceptualmente la finalidad económica de los mismos.

A su vez, abordará los criterios legales y jurisprudenciales de la diligencia de toma de posesión, con el fin de equipar el concepto, naturaleza, características y efectos de las medidas cautelares, incluyendo sus diferencias con las medidas de protección. Concluyendo así en validar los aspectos legales y jurisprudenciales propuestos por la autoridad jurisdiccional y el máximo órgano constitucional en el proceso de toma de posesión para señalar que la diligencia corresponde a una medida de protección.

# 1. Aspectos conceptuales del fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero

En este acápite se pretende describir los aspectos conceptuales del fenómeno de la captación masiva e ilegal de dinero, construido desde los conceptos básicos de intervención del Estado en los mercados financieros, la forma como fue prevista la diligencia de toma de posesión en el procedimiento de captación masiva e ilegal de dinero previsto en Colombia y, concluirá con los conceptos esenciales de las medidas cautelares decretadas y practicadas en el territorio nacional.

## 1.1 Intervención del Estado en los mercados financieros

Desde la constitución política el legislador ha previsto las actividades financieras, sometidas a autorización *a priori* del Estado, entre las cuales se destaca el “*manejo, aprovechamiento e inversión*” de los recursos de captación pública referidos en el artículo 335 y en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la citada disposición.

La potestad constitucional de regulación de las actividades financieras enunciadas, abordan directamente el tema de intervención del Estado en los mercados financieros, por lo cual se hace necesario identificar un concepto base de actividad financiera.

La Corte Constitucional Colombiana ha sostenido en la mayoría de sus pronunciamientos sobre acciones de tutela que las actividades financieras, asegurados y del mercado de valores son de interés público (Colombiana, 2010 y 2015).

Empero de ello, algunas veces ha hecho alusión directa al termino de servicio público para referirse a las actividades financieras, aseguradoras y del mercado de valores, según se observa en la Sentencia SU 157 del 10 de marzo de 1999, que indicó “...pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características

*así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeña para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”.*

Lo anterior traído a colación desde la sentencia T - 443 del 6 de julio de 1992, que expuso *“La actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propiedad naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares, lo cual se concreta en el carácter de **servicio público** que se le atribuyó desde 1959(...)”*

Por su parte, el Doctor Martínez Neira (2014), por su parte, define la intervención del Estado como *“el conjunto de principios y normas que gobiernan la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tienen por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios auxiliares de crédito”* (p.p 90).

A su turno, el derecho financiero es aquel que *“analiza las funciones de regulación, intervención o inspección del Estado en el mercado financiero, por una parte, y por la otra, la actividad de las personas e instituciones que puedan calificarse como bancarias o para bancarias”*, tal y como lo señala Ospina y Obando (1980).

De lo transcrito se aprecia una interpretación amplia de la actividad financiera, que recae en todas las instituciones que realicen operaciones de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de fondo provenientes del ahorro del público en general.

Así mismo, establece, sin lugar a dudas, que corresponde a una actividad de interés público en razón a las transacciones que mueven la economía y la estabilidad del ahorro en el sistema con la regulación institucional a través de incentivos, restricciones o sanciones que mitigan la inestabilidad en el mismo.

Lo anterior, fue considerado por la Corte Constitucional, en Sentencia C- 860 del 18 de octubre 2006, en la cual se expone

*“(…) Desde la anterior perspectiva, las actividades bancaria, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, (…) con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas (…).”*

Ahora bien, la función de regulación institucional es denominada como intervención gubernamental, como lo establece Toro Agudelo (1973) de la forma que sigue *“La intervención gubernamental en la economía se instituyó para abrir al Estado la posibilidad de orientar la actividad privada, de manera más conforme a los intereses comunes”*. Esto con el fin de preservar los postulados de la económica, los intereses de la sociedad de los propósitos económicos de los intermediarios.

Concordante con ello, la Corte Constitucional en Sentencia C- 224 del 30 de marzo de 2009, estableció *“La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero.”*

Por otra parte, se advierte cuatro (4) modalidades de la función intervención del Estado, que corresponden a la intervención legislativa o regulatoria; la supervisión; apoyo gubernamental y la intervención indirecta a través de sociedades o entes descentralizados.

Cada una de las modalidades fue expuesta por Martínez Neira (2004), así:

Intervención legislativa o regulatoria constituye *“el conjunto de preceptos que ordenan la conducta de las instituciones bancarias, asignándoles un papel y unas responsabilidades dentro de la concepción del desarrollo y la justicia que postule cada organización social”*

Intervención de supervisión incumbe a la *“vigilancia y control del aparato financiero. A través suyo se busca verificar el cumplimiento del conjunto de reglas organizacionales, económicas y prudenciales que se disponen con relación a las instituciones bancarias, para asegurar la fluidez en el sistema de pagos, la estabilidad misma de las instituciones y que no se conculquen los derechos de los particulares”*

Así las cosas, la intervención de apoyo se ocupa de *“En este caso se trata de salir al rescate de las instituciones para salvaguardar la confianza pública en el sistema, dando lugar en ocasiones al desplazamiento previo de la administración, a la oficialización o nacionalización del establecimiento de crédito respectivo, o sencillamente, imponiendo condicionalidades a la operación bancaria.*

Para finalizar, la intervención indirecta o banca pública consiste en *“el ejercicio de la función pública las autoridades organizan un establecimiento de crédito procuran el cumplimiento, por esta vía, de los fines mismos del Estado y no lo hacen simplemente para actuar en el mercado como meros particulares”* (p.p. 79 – 135).

Ahora bien, la función de intervención se dirige a las entidades financieras y demás sujetos que realicen actividades financieras, quienes deben contar con el reconocimiento, habilitación, supervisión y vigilancia por parte del Estado. Es así, como se determina que el sujeto calificado es la institución financiera y demás entidades que realizan actividades de intermediación, siempre bajo autorización legal.

Con lo anterior, la función del Estado, en la presente investigación, recae en la modalidad de supervisión que comprende la vigilancia del mercado con el objeto de garantizar la confianza pública en la canalización del ahorro hacia los proyectos de inversión, autoriza a realización de operaciones entre los bancos y demás entidades financieras con el público.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace indispensable limitar la expresión intermediación financiera, por lo cual se utilizará, a lo largo del texto, el concepto del catedrático López Roca (2012 p.p. 44) que señala *“La presencia de los bancos y demás entidades de crédito en esta función de intermediación genera varios efectos comparados con el escenario en el cual no están presente; de un lado, el riesgo de quien presta*

*directamente sus recursos a una unidad deficitaria es mayor que el que corre si deposita dichos dineros en un establecimiento bancario, para que este los preste posteriormente”.*

Bajo lo citado, se advierte una figura calificada como sujeto activo que genera su propio rendimiento económico a través de las actividades de intermediación, más comúnmente denominada bancos y demás entidades financieras. En razón a ello, y para la presente investigación, se adoptará la siguiente definición de institución financiera de acuerdo con la definición contenida en el libro *Catedra de Derecho Colombiano* del catedrático Martínez Neira (2004 p.p. 9), así:

*“Con base en los conceptos precedentes y para los fines de este esfuerzo de sistematización de la legislación financiera, proponemos emplear el concepto de institución financiera para las personas jurídicas que con autorización del Estado, tiene por objeto la captación manejo, aprovechamiento e inversión de dineros provenientes del ahorro del público, y la prestación de servicios complementarios al crédito y a la actividad financiera”.*

No obstante, en este punto es importante no incurrir en el error conceptual de articular en un solo concepto una institución financiera y la función de intermediación. Las instituciones bancarias o financieras recaen sobre las personas jurídicas, tal y como lo expone Martínez Neira (2004 p.p. 235), *“como las personas jurídicas que, con autorización del Estado, hacen de la captación, manejo, aprovechamiento e inversión de dinero provenientes del ahorro del público, y de la prestación de servicios complementarios al crédito y a la actividad financiera, su profesional habitual”*; mientras que la función de intermediación concierne a la actividad, cuyo significado fue objeto de pronunciamiento de por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto número 97037138-1 del 22 de octubre de 1997, en el cual indicó:

*“puede decirse entonces que la intermediación financiera, precisamente por la función que está llamada a desempeñar, es una de las tareas que responde con mayor claridad al hecho de ser una actividad o conjunto de actividades que, atendiendo requerimientos de interés general, se ha estructurado y desarrollado jurídicamente de forma rigurosa dentro de un estatuto excepcional que fija las condiciones bajo las cuales puede ser*

*prestada por los particulares, con preeminencia sobre el régimen común del estatuto mercantil (...)*”

Seguidamente, el mismo concepto indica *“Se trata, pues de una actividad que en Colombia sólo puede ser desarrollada por los establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial), sometidos al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (L. 45/90, arts. 90 y 92)”*.

Pero que sucede cuando una entidad o un agente de mercado en el ejercicio normal de las actividades previstas en el artículo 335 de la Carta Política, se encuentra inmerso en una falla en el mercado. Entiéndase falla del mercado cuando *“los recursos no se asignan de manera eficiente por cuatro razones básicas: el poder de mercado, la información incompleta, las externalidades y los bienes públicos”* (Pindyck, RS & Rubinfeld, DL 2000, microeconomics 5th edn, Prentice Hall).

Esto quiere decir que existen situaciones en las cuales el mercado no logra asignar por sí solo los recursos de forma eficiente, lo que se conoce como Pareto que consiste en *“En que las asignaciones de recurso que tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Es o que normalmente se refiere en economía a la eficiencia. Para que los mercados sean eficientes en el sentido de Pareto, tiene que haber competencia perfecta”* (Cairo, 2013 p.p. 101) .

A su turno Stiglitz (2010 p.p. 92) señala que el primer teorema fundamental de la economía del bienestar *“establece que la economía solo es eficiente en el sentido de Pareto en determinadas circunstancias o condiciones. Hay seis importantes condiciones en las que los mercados no son eficientes en el sentido de Pareto. Se denominan fallas de mercado y constituyen un argumento a favor de la intervención del Estado. Los mercados por sí solos fallan de forma evidente, y fallan con mucha frecuencia.”*

Las fallas a las que se refiere corresponden a la **i)** falta de competencia; **ii)** existencia de bienes públicos; **iii)** presencia de externalidades: positivas y negativas; **iv)** asimetrías de la información: riesgo moral y selección adversa; **v)** mercados incompletos y **vi)** paro inflación desequilibrio o déficit público. En estos eventos se justifica la intervención del

Estado, puesto que el organismo regular de la economía buscar para preservar la estabilidad monetaria, evitar actividades que se configuren en monopolios, garantizar el buen funcionamiento del mercado, entre otras.

Tal y como lo señala CAIRO (2013) *“El libre mercado no puede cumplir con todas las funciones económicas, por lo que es necesario que el Estado intervenga a través de la regulación en algunas áreas de la actividad económica, sobre todo en aquellos mercados que presentan fallas. Sin embargo, una actividad no debe regularse excesivamente porque conlleva a mantener intereses y privilegios, que crecen al amparo de la clase política, los burócratas del Estado y los grupos empresariales”*.

Así las cosas, ante una falla de mercado originada en la falta de inspección y vigilancia de la actividad de captación masiva y habitual de dineros del público por terceros no autorizados, el Estado deberá intervenir para estabilizar la economía ante la ausencia de controles y, así desempeñar el papel de regulador de la economía para lograr un mejor funcionamiento de los mercados.

## **1.2 Actividad Financiera en crisis en Colombia**

La crisis sufrida en la economía colombiana en la década de los ochenta generó un avance en el sistema financiero colombiano. Esta situación fue experimentada por la bonanza cafetera que permitió facilidad en la consecución de recursos (endeudamiento), a nivel nacional e internacional. A partir del año 1982, los intermediarios se encontraron en una situación recesiva puesto que los deudores no cumplían con las obligaciones adquiridas y, por consiguiente, se aumentaron las tasas de interés al ser nugatorias las gestiones de recuperación de la cartera. Así mismo, Ocampo (1997) en la página web del Banco de la República de Colombia ha indicado que otro factor importante en la crisis de los ochenta consistió en la inadecuada regulación del sistema financiero de la época, señalando *“Así, por ejemplo, hasta diciembre de 1981, los denominados autopréstamos sólo eran castigados con simples multas. En ese mes se estableció que cualquier transacción cuyo objetivo fuese adquirir más del 10% de las acciones de una entidad financiera, debería contar con la aprobación de la superintendencia Bancaria.”*

El Estado con el propósito de contrarrestar la citada crisis y, aunando esfuerzos, para recuperar la confianza del público en general, adoptó medidas de intervención en los bancos de mayor financiamiento comercial a nivel nacional, al igual que promulgó el Decreto 2920 de 1982. En dicho cuerpo normativo se estableció una protección penal contenida en el artículo 20 que señala *“Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años”*.

Posteriormente, el termino captación masiva y habitual de dinero va ser acuñado a través del decreto 1981 de 1988 reglamentario del Decreto 2920 de 1982, en el cual se indicó las situaciones en las cuales una persona, tanto natural como jurídica, pueden verse inmerso en dicha actividad. Expresamente, señala que *“alguien capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando su pasivo estaba compuesto por obligaciones con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones o cuando, conjunta o separadamente, hubiera celebrado en un periodo de 3 meses consecutivos más de 20 contratos de mandato, con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración, o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario”*. Dicha actividad se encuentra ligada, directamente, a las entidades financieras y demás entidades de ahorro y/o crédito que cuente con autorización de autoridad financiera competente para ello, esa entidad actualmente es la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Superintendencia Financiera de Colombia a través del concepto 2011010962-002 del 2 de marzo de 2011, expuso que *“el Estado Colombiano debe intervenir toda actividad en la que existan hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios mediante la modalidad de operación de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable”*

En el evento que cualquier persona realice actividades al margen de las disposiciones normativas, se entiende que la actividad de captación masiva y habitual se ejerce de forma irregular, conforme al artículo primero del citado decreto y lo establecido por la Superintendencia de Sociedades en el oficio número 220-144812 del 09 de septiembre

de 2014, así:

*“Del estudio de la norma antes trascrita, se desprende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando se dan los presupuestos allí previstos, esto es: 1) que su pasivo para con el público este compuesto por obligaciones con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones, contraídas directamente o por interpuesta persona; 2) cuando haya celebrado en un término de tres meses consecutivos más de 20 contratos de mandato para administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos valores; y 3) que además de los requisitos señalados, se debe dar alguna de las siguientes condiciones: a) que el valor total de los dineros recibidos sobrepasa el 50% del patrimonio de la entidad receptora de la inversión; y b) que el resultado de la operación haya sido como consecuencia de ofertas públicas y privadas a personas innominadas”*

Las actividades de captación masiva y habitual de dinero en Colombia, entonces, pueden circunscribirse en aquellas que cuentan con autorización para ello y en otras que han sido desarrolladas sin autorización del Estado.

Para las vigencias 2006, 2007 y 2008, en Colombia se desató otra crisis, consecuencia de los altos costos de los créditos financieros y comerciales, las bajas tasas de intereses y la deficiente supervisión de las entidades captadoras de dinero realizadas por terceros no autorizados por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Algunas sociedades como DMG, COSTA CARIBE S.A., AUTOLATIN S.A., ECOCAFE S.A., COLEXCELSOS S.A., AUTOLATIN, FRUTALES LA COSECHA S.A., entre muchas otras, utilizaron un sistema de captación de dinero que ofrecía intereses significativos y rentables a mediano plazo sobre el capital invertido, que podía ser retirado de forma mensual o, en su defecto, ser reinvertido indefinidamente, tal y como se señala en el artículo científico *“impacto socioeconómico de las pirámides financieras en la ciudad de pasto”* por Álava (2012).

El recaudo de dinero de forma masiva y habitual desarrollada por las citadas sociedades generó falsas expectativas en el público en general, influyendo de tal forma en estos para la entrega y el depósito de recursos, a dichas personas sin autorización legal, lo que

conllevo en el año 2008, al decreto de un estado de emergencia social y económica por parte del Presidente de la República de turno, con el objetivo de contrarrestar las distintas modalidades de captación denominadas pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones no autorizados por las entidades nacionales encargadas para ello; argumentos expuestos en la parte considerativa del Decreto Legislativo 4333 de 2008.

El Gobierno Nacional a través de mandatos supra- legales intervino las modalidades de las actividades de captación masiva e ilegal de dinero denominadas “*pirámides*”, cuya autoridad administrativa recayó en la Superintendencia de Sociedades como entidad encargada de efectuar la inspección y vigilancia de las personas naturales y jurídicas comerciales.

En este punto, es importante destacar que en la legislación colombiana no existe una definición de “*pirámides*, por lo cual, la Superintendencia de Sociedades reconoció una aproximación a partir del concepto contenido en el radicado 220- 132830 del 23 de diciembre de 2008, en comparación con la normatividad española, refiriéndose a lo siguiente “*Valiéndose de esta disposición es posible acercarnos a una definición aproximada que no exacta ni mucho menos que agote el tema, diciendo que estamos frente a un esquema de pirámide cuando se captan recurso, y el depositante se le ofrecen rendimientos exorbitantes por los dineros para lograr mantener el esquema de niveles los cuales forman una progresión geométrica (...)*”

Así las cosas, y con la férrea intención de contrarrestar dicho fenómeno en el territorio nacional, el Gobierno Nacional promulgó los Decretos Legislativos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008 acompañados del Decreto Reglamentario 1910 de 2009, y en lo no previsto en ellos, se remite directamente a la Ley 1116 del 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

La Corte Constitucional Colombiana, sobre el particular, expuso mediante Sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009, lo siguiente:

*“Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquier de las modalidades que*

*asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas lo que no excluye la posibilidad de esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización legal”*

Se colige de ello, que el proceso se encuentra dirigido por la Superintendencia de Sociedades como encargado jurisdiccional, entidad que efectúa nombramiento a un agente interventor equiparado a una agente especial. Dicha figura es entendida como *“quien administra los negocios de la entidad intervenida y sus acciones deben estar orientadas a la defensa del interés público, la estabilidad del sector financiero y la protección de los acreedores y depositantes de la entidad intervenida”*, de acuerdo con lo propuesto en la Guía del Proceso de Toma de Posesión (2013 p.p. 9 - 10).

Por otra parte, la finalidad de los enunciados decretos legislativos se dirige a emitir la orden de toma de posesión para la devolución inmediata de los dineros entregados por el público en general a terceros sin autorización legal, y en el evento de existir obligaciones a cargo de las personas intervenidas, estos últimos deberán ser atendidos en la etapa de liquidación judicial bajo el régimen que establece la Ley 1116 del 2006, etapa subsiguiente al proceso de toma de posesión de haberes, derechos y bienes por concepto de captación masiva e ilegal.

### **1.3 Proceso de Captación Masiva y Habitual**

A través de los Decretos Legislativos 4333 y 4334 del 17 de noviembre 2008, se establecieron las medidas de intervención por las actividades de captación de dinero masiva e ilegal que buscan efectuar la toma de posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollarán o participarán en la actividad financiera, sin la debida autorización. Aunado a ello, fue establecido un comportamiento de tipo penal contenido en el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, para conjurar dicha crisis.

En este punto, es imperioso retomar el término y alcance del concepto jurídico de las actividades de captación masiva e ilegal de dinero contenido en el Decreto 1981 de 1988.

Una vez retomados los elementos mencionados en el acápite anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia como la Superintendencia de Sociedades, ordenan la medida de intervención con fundamento en los Decretos Legislativos 4333 y 4334 del 2008, y el Decreto Reglamentario 1910 del 2009.

Así mismo, es importante traer a colación, la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 9 de diciembre de 2009, que expuso “(...) *en varios artículos del decreto 4334 se dispone que la intervención de la Superintendencia es de naturaleza administrativa –arts. 3 y 7-; pero a continuación, incluso en esos mismos dos preceptos, y en otros más, se dispone, por ejemplo, que: ‘El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo.’*”

Con base en ello, el Decreto Legislativo 4333 de 2008, el Gobierno Nacional declaró estado de emergencia social en Colombia, con el fin de contrarrestar la captación masiva de dinero sin autorización legal del público en general. La segunda disposición establece el procedimiento de Toma de Posesión de Bienes, Haberes y derechos; y para finalizar con la una disposición que regula otros temas.

En consonancia con lo citado por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el concepto 2011010962 – 002, en el cual resalto la facultad del Estado Colombiano “*de intervenir en toda actividad en la que existan hechos objetivos o notorios que indique la entrega masiva de dinero a persona naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios mediante la modalidad de operación de captación o recaudo en operaciones no autorizadas*”

Por tanto, la medida de intervención por captación masiva e ilegal de dinero comprende inicialmente los efectos administrativos de la suspensión de actividades del objeto social que desarrolle la sociedad, o las personas naturales captadoras, al igual que la terminación de los contratos existentes y busca que los dineros y activos encontrados a favor de la sociedad sirvan para devolver los dineros a los reclamantes.

A su turno, otro de los efectos de la medida de intervención corresponde a “*la cancelación de los embargos decretos con anterioridad a la toma de posesión que*

*afecten los bienes de la entidad; y por otro lado, la improcedencia del registro de cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la entidad intervenida”, según lo expuesto por el Doctor Almonacid Sierra en el Libro Liquidación Forzosa Administrativa y Toma de Posesión de Instituciones Financieras (2000 p.p. 254).*

Por otro lado, el trámite de la medida de intervención por captación masiva y habitual de dineros ilegal se desarrolla conforme en lo señalado del decreto legislativo 4334 del 2008. Finalizada la medida de intervención por captación masiva e ilegal de dinero, la Superintendencia de Sociedades procede con la etapa procesal de apertura del proceso de liquidación judicial de que trata el artículo 7º del Decreto Legislativo 4334 de 2008, artículo 9º del Decreto 1910 de 2009, en la Ley 1116 del 2006, en el cual los acreedores de buena fe de acuerdo al número de activos de los deudores podrán satisfacer su acreencia de conformidad con la prelación de créditos establecida en el Código Civil.

Seguidamente, es posible que el Encargado Jurisdiccional ordene la liquidación judicial, como consecuencia de la falta de aprobación de un plan de desmonte en el proceso de intervención por captación masiva y habitual de dinero. Dicha afirmación se basa en la intervención estatal a través de la Superintendencia de Sociedades, tal y como lo contempla la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el Concepto 42594 del 11 de Julio de 2013, así *“Lo anterior debido a que, en virtud de la intervención estatal, la Superintendencia de Sociedades está facultada para disolver y liquidar a la persona jurídica que realiza actividades captación masiva e ilegal de dinero, tal como lo señala el artículo 7o del Decreto 4334 de 2008.”*

Bajo este esquema, la Superintendencia de Sociedades ordena la apertura de la liquidación judicial, se desarrolla conforme a los lineamientos establecidos en la Ley 1116 del 2006, de la siguiente forma:

- La publicación de un aviso en la cartelera de la Superintendencia de Sociedades, como en el domicilio principal de la sociedad concursada, por diez (10) días informando el proceso concursal y el termino que cuentan los acreedores para presentar reclamación del crédito adeudado, numeral 4 del artículo 48 de la Ley 1116 del 2006.

- La presentación de la solicitud de reconocimiento de créditos por parte de los acreedores de las personas naturales y jurídicas concursadas, por el término de veinte (20) días contados a partir de la des fijación del aviso, numeral 5º del artículo 48 de la Ley 1116 del 2006.
- La elaboración del inventario de activos de los deudores y presentación al Juez del Proceso Concursal por el término de treinta (30) días contados a partir de la decisión del Juez del Concurso de la firma evaluadora, numeral 9 del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006.
- La elaboración del proyecto de calificación y graduación de créditos de las personas naturales y jurídicas concursadas no menor de veinte días ni mayor de tres meses, artículo 53 de la Ley 1116 del 2006.
- El traslado del proyecto de calificación y graduación de créditos junto con el inventario de bienes valorado, por el término de cinco (5) días.
- En el evento de ser objetado el proyecto de calificación y graduación de créditos, se presentará el trámite dispuesto en el proceso de reorganización que consta de las siguientes etapas **i)** Descorrer el traslado; **ii)** La Superintendencia de Sociedades mediante auto ordenará la conciliación; **iii)** Ante la falta de conciliación de los acreedores, la Entidad decretará la audiencia de resolución de objeciones; y, por último, el recurso de reposición de la decisión adoptada por el Juez Concursal, de conformidad con inciso final del artículo 53 de la Ley 1116 del 2006.
- En el evento de carecer de objeciones y/o en firme el proyecto de calificación y graduación de créditos junto con el inventario de bienes de las personas concursadas, el liquidador dispone de sesenta (60) días para realizar la venta de los activos, de acuerdo con el inciso primero del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006.
- Una vez finalizado ese tiempo, el liquidador deberá presentar a la Superintendencia de Sociedades un proyecto de adjudicación de los dineros recibidos y los bienes no adjudicados, según el inciso segundo del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006.

- Efectuar la adjudicación conforme al artículo 9º del Decreto 1910 de 2009 y la Ley 1116 del 2006, y la rendición de cuentas del Liquidador, concordante con el artículo 65 de la Ley 1116 de 2006.

Itérese que la medida de intervención tiene como finalidad entregar los dineros a los afectados reconocidos en el proceso de captación, quienes bajo el supuesto de obtener un beneficio económico entregaron sus recursos, según lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 4334 del 2008. Aunado a ello, la medida de intervención tiene como propósito la liquidación judicial de las personas que efectuaron operaciones financieras, sin el lleno de los requisitos de ley para ello, según el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, de lo mencionado en el procedimiento de la intervención por concepto de la toma de posesión de bienes, haberes y derechos, se advierte una figura denominada “*diligencia de toma de posesión*”.

Esta figura se encuentra prevista en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, y de manera impositiva y pragmática dispone uno de los efectos de la medida de intervención por captación masiva, que al tenor literal dispone:

*“4. La inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendré las facultades necesarias para impartir las ordenes pertinentes a la fuerza pública, incluso previas a la diligencia de toma de posesión.”*

Dicha diligencia no fue prevista en el numeral 3 de la citada disposición, que incluyó las medidas cautelares en cada uno de los bienes de los sujetos intervenidos.

En este punto, es importante resaltar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-145 del 2009, expuso lo siguiente “*Las anteriores medidas están conformes con la Carta Política, pues garantizan que la toma de posesión se desarrolle atendiendo el principio superior de legalidad de la función pública (arts 6º, 9º, 121, 122, 124, 209 y 210 Const.), que según se ha explicado, persigue la administración someta sus actuaciones a normas previamente establecidos y respete el debido proceso.*”

Esto quiere decir que la diligencia de la toma de posesión establecida en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, al ser estudiada constitucionalmente no es catalogada como una medida cautelar sino de protección, pues pretende garantizar los derechos fundamentales de las víctimas del proceso de captación. Igualmente, cabe resaltar que las medidas no fueron estudiadas de forma individual; por el contrario, la sentencia de constitucional citada hace referencia a la finalidad perseguida con la toma de posesión, haberes y derechos, además de los efectos de la misma, de la siguiente forma:

*“Además, satisfacen las exigencias constitucionales de aptitud y conducencia, pues resultan idóneas para lograr los fines propuestos con la emergencia social de instaurar un procedimiento ágil con unos mecanismos abreviados para restituir el dinero de la población afectada por las mencionadas actividades, así como los objetivos propuestos en el Decreto Legislativo que se revisa, de obtener la inmediata suspensión de las actividades de captación y recaudo de dinero sin autorización y el pronto reintegro del dinero invertido en ellas; tampoco se advierte que las mismas restrinjan derechos fundamentales sin razón justificada”.*

Concordante con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala Plena, del 9 de diciembre del 2009, Expediente N°00732-00 (CA), en sentencia de legalidad del decreto reglamentario 1910 de 2009, manifestó al respecto del tema:

*“En cuanto al párrafo de este artículo, la Sala lo encuentra ajustado a la ley, pues la fuerza pública apoya a la Superintendencia de Sociedades para “... **La inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública...**” -art. 9.4. del decreto 4334-” (Negrillas fuera de texto)”.*

De la transcripción de los fallos de control de constitucionalidad y legalidad se exponen, claramente, que la diligencia de toma de posesión fue prevista por el legislador para contrarrestar las actividades de captación, como una diligencia para devolver los bienes a los afectados reconocidos en el proceso.

En el artículo 4 del Decreto Legislativo 4334 del 2008, el legislador estableció que la máxima autoridad, también denominado “*encargado del proceso jurisdiccional*”, en el proceso de intervención por captación masiva e ilegal de dinero es la Superintendencia de Sociedades.

Dicha entidad avocó conocimiento de los hechos notorios y objetivos de intervención por captación masiva e ilegal de dinero, a nivel nacional. Entre los procesos adelantados se encuentra el proceso contra la sociedad C.I. ECOCAFE S.A. Y OTROS, expediente 29519. En dicho proceso el día 26 de mayo del 2011, el Encargado, resuelve un incidente de remoción en contra del agente interventor e impone una sanción pecuniaria, por medio del auto 400- 008316, en el cual procede a motivar respecto de la diligencia de toma de posesión de la siguiente forma:

*“Las tomas de posesión, son medidas cautelares que tienen como consecuencia dejar los bienes fuera del comercio, por lo que puede afirmarse que hace las veces de diligencias de secuestro. Por cuanto las diligencias de toma de posesión son propias del Agente Interventor como Auxiliar de la Justicia, al mismo se aplican las normas previstas en el ordenamiento procesal civil para el caso de los secuestres...”*

Como se citó en el acápite anterior, la diligencia de toma de posesión no tiene una definición dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, el operador jurisdiccional aproximó su definición a la forma de materialización de ésta sobre los fines de la medida intervención. Con lo cual se podría concluir, inicialmente, que la diligencia no constituye una medida cautelar propiamente dicha.

Seguidamente, la sentencia objeto de estudio, expone:

*“El Agente Interventor no puede conferir mandato para que terceros realicen labores propias del auxiliar de justicia, labor indelegable.... Permite corroborar lo anterior, lo dispuesto en el artículo 9 de C.P.C.”*

Bajo ese entendido, el cuestionamiento recae si la medida cautelar debe cumplir con los requisitos de formalización, a lo cual se advierten los lineamientos fijados en el artículo 590 del Código General del Proceso; esto es la legitimación o interés de las partes para

actuar, la existencia de una amenaza o vulneración del derecho para ordenar la medida cautelar, la acreditación de una caución para contrarrestar los posibles daños y/o perjuicios a terceros, además que la orden administrativa provenga de la Superintendencia de Sociedades como encargado jurisdiccional del proceso.

Posteriormente, a través del auto 400 -012296 fechado el día 16 de agosto del 2011, la Superintendencia de Sociedades confirma la sanción pecuniaria impuesta al agente interventor, realizando las siguientes consideraciones *“El Despacho da la razón al recurrente respecto al hecho de que al Agente Interventor no le son aplicables las normas propias del secuestre para las diligencias de toma de posesión”*.

De esta providencia judicial se advierte el reconocimiento que la figura de agente interventor no es similar a la figura del secuestre, por lo cual no le son aplicables las disposiciones normativas que lo rigen. Seguidamente, ésta autoridad continuó indicando *“Tampoco pueden declararse nulas las diligencias de toma de posesión no practicas por el agente interventor, por cuanto como se indicó en la providencia recurrida, esa causal no se encuentra contemplada dentro de las causales de nulidad, y de otra parte, por cuanto atendiendo el marco normativo de interpretación que establece la Constitución Política, según el cual debe darse prevalencia al derecho sustantivo, la finalidad buscada con las diligencias se cumplió”*

De lo citado se colige que la Superintendencia de Sociedades proporcionó un alcance constitucional a la diligencia de toma de posesión, apuntado a la finalidad de cumplir con los objetivos propuestos en los Decretos Legislativos 4333 y 4334 del 2008, sin precaver la naturaleza de la misma medida en el proceso de intervención por captación masiva e ilegal de dinero.

## 2. Las medidas cautelares en Colombia

En este acápite se abordará las nociones de medida cautelar desde su conceptualización, naturaleza jurídica, características y efectos de la institución de las medidas cautelares, haciendo énfasis que ésta institución de derecho procesal tiene un alcance amplio y que este capítulo tratará una proximidad de las misma con relación a los criterios doctrinales, jurisprudenciales y disposiciones normativas vigentes.

### 2.1 Conceptualización

Entorno a lo propuesto, debe indicarse que la palabra cautelar proviene del latín *cautela* que corresponde a *“precaución y reserva con que se procede”* según la definición extraída de la página oficial de la Real Academia Española. A su vez el término *“precaución”* deriva del adjetivo *precauer*, éste último corresponde a *“prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo”*.

Por otro parte, el termino medida proveniente del *“verbo medir”* significa *“acción y efecto de medir. Proporción o correspondencia de una cosa con otra”*. Guillermo Cabanelas (2001 pp. 285) se refiere a *“Tomar medidas”* que recae en *“adoptar las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”*

Un avance significativo en este término es reconocido al jurista *Piero Calamandrei* a través de su obra *“Las providencias cautelares”* (2008), que lo señala *“Es preciso no establecer confusión entre la tutela preventiva y la tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de genero a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible”*

Desde otro punto de vista, el tratadista uruguayo Eduardo J. Couture indicó en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1979 p.p. 868 y 869) que *“las providencias cautelares o actos procesales cautelares nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsisten mientras subsiste la razón que las justificó y cesan cuando aquella desaparece (...) constituye el resguardo que protege contra los daños que pudiera causar el juicio que debe seguirse en cierta inferioridad de condiciones”*.

A su turno, Carnelutti (1944 p.p. 387) expone que las medidas cautelares son una decisión de oficio que trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se defina o resuelva el derecho en *litis*.

## **2.2 Las medidas cautelares en Colombia**

Ahora bien, desde Colombia las medidas cautelares como institución jurídico-procesal ha sido desarrollada por el legislador en los códigos rituales de procedimiento Ley 105 de 1931, Decreto 1400 de 1970 también Código de Procedimiento Civil, Ley 1395 de 2010 y hoy a través del Código General del Proceso y jurisprudencialmente, de la cual se destaca la sentencia C- 039 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana, que señaló:

*“Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido considerados como un componente del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un procedimiento judicial en torno a los derechos sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos.”*

A su turno, Quiroga Cubillos en su libro *La Tutela Cautelar (2007)* indica que la utilización de *medidas cautelares* se ha generalizado, por lo cual propone atribuir una definición al término de la tutela cautelar entendida *“como todo aquello que puede tener naturaleza cautelar”*.

Así mismo, proporciona la decisión que a continuación se transcribe:

*“Por lo tanto definiremos la tutela cautelar, como un instrumento procesal que persigue apoyar la realización de la tutela judicial, en cuanto a la efectividad de sus decisiones asegurando o ejecutando anticipadamente sus efectos”.* El aseguramiento que propone éste tratadista corresponden a la ejecución anticipada de la sentencia, a las medidas cautelares propiamente y a la ejecución provisional de la sentencia.

A su turno, Forero Silva (2014) señala respecto los requisitos para ordenar una medida cautelar lo siguiente *“Los criterios para adoptar las medidas cautelares como el *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora*, la legitimación en la causa y el interés, deben ser examinados por el juez como si se tratara de una demanda, y así ordenar la caución a que haya lugar para que una vez prestada, se decrete la medida cautelar que permita materializar el pago de los perjuicios reclamados en la cuantía implorada, pues negar su decreto por tratarse de un incidente es proceder en contravía de mandatos constitucionales como son la prevalencia del derecho sustancial y la igualdad de las partes”*

Ahora bien, las medidas cautelares en el proceso de intervención por captación de masiva e ilegal de dinero, se encuentran contenidas en el numeral 3 del artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, que por remisión expresa de la ley acogen la finalidad del proceso concursal.

Sobre el particular, el catedrático Rodríguez Espitia en su libro *Nuevo Régimen de Insolvencia (2007)* expone *“Las cautelas continuarán vigentes, a órdenes del juez que conoce del proceso de liquidación judicial, para lo cual informará a la autoridad que corresponda para que tome nota de ello”*

Seguidamente, en la obra citada, el Rodríguez Espitia se refiere respecto de la medida cautelar de secuestro en los procesos concursales *“Los secuestros practicados se mantendrán, solo que en este caso se relevarán a los secuestros designados en los procesos ejecutivos quienes deberán entregar los bienes al liquidador, rendir cuentas de su gestión, dar memoria detallada de las actividades realizadas durante el ejercicio de su cargo, presentar una relación de bienes indicando su estado y ubicación y consignar a órdenes del juez del proceso concursal las sumas provenientes de su administración”* (p.p. 428 – 429).

De lo transcrito se reitera que las medidas cautelares se encuentran en cabeza del juez concursal, puesto que es la máxima autoridad en el proceso, quien tiene no solo la facultad sino la competencia para la protección, custodia y recuperación de los bienes que integran el patrimonio del deudor.

Por su parte, el Consejo de Estado Colombiano a través de la sentencia del 25 de julio de 2013, por medio de la cual se decide el recurso de apelación dentro del expediente 1999-00794- 02, estableció:

*“En consecuencia, cuando las personas naturales o jurídicas ejercen de manera irregular una actividad financiera, esto es, sin autorización de la Superintendencia Financiera, esta entidad puede imponer una o varias de las medidas cautelares o preventivas a que se refiere el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales están la disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones ilegales, para lo cual se aplican, en lo pertinente, las normas sobre toma de posesión, previstas en la misma normativa”.*

En ese orden de ideas, se puede concluir que, desde la concepción inicial de la institución jurídica de medida cautelar, la figura de la *diligencia de la toma de posesión* constituye, posiblemente, una medida de protección.

### **2.3. Diferencias entre las medidas cautelares y de protección**

Una vez analizada la naturaleza, concepto y características esenciales de las medidas cautelares en el acápite anterior, debe trazarse como derrotero examinar el concepto que la doctrina y la jurisprudencia le otorga a las medidas de protección, para que al culminar este título se puedan establecer las principales diferencias entre estas dos (2) medidas.

El tratadista Nieto Navia (1994) señaló en su libro *“Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* que el origen de las medidas provisionales tiene antecedentes en el continente americano desde la creación de la Corte Internacional de Justicia y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En la Convención Americana sobre derechos en el sistema interamericano, las medidas provisionales, fueron establecidas en los siguientes términos *“...2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las*

*personas, la Corte, en los asuntos que éste conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes...”*

Este término fue desarrollado en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el artículo 41 que dispone lo siguiente *“La Corte tendrá la facultad de señalar, si considera que las circunstancias lo ameritan, cualesquier medidas provisionales que debieran tomarse para preservar los derechos respectivos de cualquiera de las partes”*.

También, al revisar lo manifestado por parte del tratadista Rey Cantor (2010), cuando estudio los orígenes de ambas medidas, indica *“En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas provisionales van más allá en materia de protección, revelando un alcance sin precedentes: en el presente dominio, tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*

De lo citado, se puede concluir que las medidas de protección tienen desarrollo jurisprudencial y doctrinal en el derecho público internacional y, por tanto, el mayor aporte se dirige a establecer la naturaleza, la noción y el objeto de la misma.

Sin embargo, el ex juez Asdrubal Aguiar – Aranguren (1994 pp. 20) tiene el criterio que las medidas provisionales tuvieron su origen en el Derecho de Gentes, en la Corte de Justicia Centroamericana a través del convenio de 1907 y, posteriormente, en los Tratados de Bryan de 1913 con iniciativa de Estados Unidos de América.

Ahora bien, para proporcionar una definición que incumba en este documento, es prudente revisar definiciones establecidas a las medidas provisionales con referencia en el sistema interamericano de derechos humanos.

El profesor Correa, R.S. (2008, p.145), señala el siguiente concepto *“una clase de medidas cautelares, de aseguramiento, preventivas y transitorias, a que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte intereses que son de mayor valía para la comunidad, o no causen un agravio a un interés subjetivo, en este último evento a partir del buen derecho del demandante y el peligro de la mora”*.

De la anterior definición se colige que el objeto de la medida de protección se dirige a la protección efectiva o, en su defecto, a la prevención de los posibles daños irreparables que pueda sufrir los derechos fundamentales de la persona, por lo cual se liberan del formalismo jurídico de las medidas cautelares, propugnando por un carácter especial que busca proteger derechos fundamentales.

En este punto se debe citar al Dr. Augusto Mario Morello (2010) *“En efecto, en el derecho procesal tanto interno como internacional, las medidas cautelares o provisionales, respectivamente, tiene además el propósito común de buscar mantener el equilibrio entre las partes, en la medida de los posible.”*

Al igual que Antonio Cançado Trindade, quien citó en el Prólogo al compendio de Resoluciones de la Corte Internacional de Justicia (2000) *“En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas provisionales van más allá en materia de protección, revelando un alcance sin precedentes: en el presente dominio, tales medidas, además de su carácter esencial preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”*

Lo que acredita, en efecto, que las medidas cautelares y provisionales, además de tener la misma finalidad relacionado con el propósito de buscar mantener el equilibrio entre las partes, al dar cumplimiento a las órdenes del juez natural y garantizar con ello la sentencia o los perjuicios causados por su decreto. Sin embargo, tampoco es menos cierto que tienen un objeto jurídico diferente.

Por otro lado, Redenti (1957, p. 284) en el libro de Derecho Procesal Civil manifestó la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, en las cuales el juez no sólo valorará las razones de su oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una providencia de fondo.

Asume relevancia el concepto enunciado cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Urso Branco contra Brasil considera que *“las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica,*

*sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”.*

Continuando con Calamendrei (1984) este señala *“el hecho de que solo sean procedentes las medidas cautelares que determine la ley, es un tema que ha tenido desarrollos progresivos y que con la entrada en el campo de juego de conceptos como los derechos fundamentales o colectivos han cambiado la forma de ver las medidas de protección y el papel del juez para proteger dichos derechos”.*

García Ramírez (2002 p.p. 129) cita en su obra *“Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana”* un aparte de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de mayo de 2001, en el cual destaca que las medidas provisionales tienen no solo un carácter cautelar para preservar relaciones jurídicas sino para proteger derechos humanos, que se *“transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”.*

Significa lo anterior, que la medida de protección corresponde a una especie de las medidas cautelares que son el género. La razón a dicha afirmación, es que la medida cautelar es el todo y la protección una especie de la misma, para lo cual se hace necesario recurrir a las teorías de argumentación jurídica explicadas por Atienza (1994 pp. 56). En especial, aquella que expone cuando una noción tiene relación entre las partes y el todo, pueden surgir varios tipos de argumentos, entre las que se destaca el de la división.

Observa este doctrinante, que la base del dilema de una de las formas consiste en revelar que de dos (2) posibles opciones que se presentan en una situación, ambas conducen a un resultado inaceptable, pero también de los argumentos jurídicos de lo anterior puede recaer en *i)* lo que vale para una especie vale también para otra especie del mismo género o *ii)* lo que vale para una no vale para la otra, porque se entiende que esta última es una excepción a una regla implícita referente al género.

Para este caso de investigación que nos ocupa, al revelar las dos (2) posibles opciones se determina que la finalidad de ambas medidas recae en la protección y garantía de la misma forma, al igual que tienen similitud en los requisitos para decretar su procedencia,

puesto que buscan evitar un perjuicio grave, urgente y evitar un daño irreparable; pero el objeto de cada una de ellas es diferente pues la cautela se dirige a la protección de decisiones judiciales, mientras que la medida de protección recae en la protección a los derechos fundamentales de los seres humanos, como ya se mencionó.

Así las cosas, estas dos (2) figuras tienen desarrollo jurisprudencial a nivel local. La Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia C- 840 de 2001, definió las medidas cautelares de la forma que sigue *“En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (...) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva (...)”*

La misma corporación a través de la sentencia C- 039 de 2004, se refirió respecto de medidas de protección de la siguiente forma *“En tales procesos la ley contempla la posibilidad del embargo y secuestro de bienes del demandado cuando se ha dictado sentencia condenatoria de primera instancia y la misma ha sido apelada, como medida de protección mientras se obtiene el pago o se inicia el proceso ejecutivo, de ser ello necesario”*

Seguidamente, la misma providencia se expone *“No obstante que, en atención a la naturaleza de los distintos procesos no existe una exigencia constitucional para que en todos ellos se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, y corresponde al legislador, como se ha dicho, dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad adoptar las decisiones correspondientes.”*

Se colige de lo expuesto que las medidas provisionales son por naturaleza cautelares en el proceso judicial, con características de urgencia, ejecutoria, proporcional e instrumental, en cambio las medidas de protección tienen un alcance general fuera del proceso judicial, de forma colectiva, general, administrativa, expedita y proporcional.

El catedrático Quiroga Cubillos, en la obra citada dentro del presente documento, establece diferencias entre las medidas cautelares y las medidas de protección, connotando *“Una medida de protección tiene como finalidad asegurar los derechos que*

*hayan sido vulnerados o, en su defecto, estén en estado de vulneración. Mientras que la esencia de la medida cautelar recae en el cumplimiento la ejecución anticipada de la sentencia, en las medidas cautelares propiamente y en la ejecución provisional de la sentencia.” (p.p. 98)*

Para tal efecto, se hace necesario establecer elementos de contraste entre las medidas cautelares y de protección, entre los cuales se abordará la naturaleza, legitimación, oportunidad, decreto y práctica, exigencia de caución y recursos de ley.

Al referirse a la naturaleza de la medida cautelar son de carácter instrumental porque tienen por objeto garantizar el ejercicio del derecho objetivo, legal o convencional reconocido; o impedir que se modifique una situación de hecho o derecho; o en su defecto, asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa.

En criterio de Diego García Sayán (2002 p.p. 130) *“La urgencia le da un carácter especial apremiante a la gravedad, aludiendo a situaciones especiales y excepcionales que requieren y ameritan una acción y respuesta inmediata orientada a conjurar la amenaza”*

Con lo cual se refiere a que una medida cautelar o provisional debe suponer un carácter inmediato para conjurar la situación de emergencia, que desencadena ante una violación o daño.

Así mismo, son de carácter instrumental debido a que dependen de un proceso principal para que puedan practicarse, esto significa que son accesorias. Como consecuencia de ser accesorias éstas solo subsisten mientras duran las circunstancias que las generaron, no pueden catalogarse indefinidas ni permanentes en el tiempo; por lo cual, Calamendrei (1984, p. 43) expresó que *“La función de las medidas cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”*.

Por otra parte, al referirse a la característica de provisionalidad, la cual se refiere a la limitación temporal de la vigencia de la medida cautelar, se debe indicar que ambas medidas aplican una duración ante la necesidad de su aplicación, esto significa que han

de mantenerse mientras subsista el menester de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento al que sirve.

Sin embargo, en el caso de las medidas cautelares la parte interesada tiene la facultad de desistir de la misma, debido al principio dispositivo inherente de ésta, tal y como lo dispone el numeral 1 del artículo 597 concordante con el artículo 316 del Código General del Proceso. En este caso, expone Forero Silva (2014 p.p. 117) que *“el peticionario de una medida cautelar puede desistir de ella, con la consecuencia de ser condenada a pagar las costas y perjuicios que las medidas hayan ocasionado a su contraparte, condenas que no se impondrán si se conviene otra cosa”*. De esta forma se hace uso, en el ámbito del derecho privado, del principio de la autonomía de la voluntad que comprende *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”*, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C – 934 de 2013 y lo preceptuado en el artículo 15 del Código Civil Colombiano.

Es prudente señalar, que en el caso de la medida de protección es improcedente la figura de desistimiento, dada la naturaleza de la misma, es decir que su decreto pretende la tutela efectiva de derechos fundamentales vulnerados o con posibilidad de daño y, esa premisa, no otorga al accionante la posibilidad de solicitar su levantamiento pues corresponde al juez evaluar si cesaron los actos que perturben dichos derechos.

Ahora bien, al referirse a su taxatividad *“numerus apertus”* se advierte que en las medidas cautelares sólo proceden en aquellos casos expresamente señalados por el legislador y que tengan relación con el cumplimiento de la sentencia. Además, en la disposición normativa que las consagra debe incluir el proceso y la forma que adoptará. En el caso de las medidas de protección el legislador o el operador judicial, es la autoridad quien decide la forma de configuración, el momento y su forma.

En este punto, se debe realizar una aclaración relacionada con la introducción del Código General del Proceso, esto es la Ley 1564 de 2012, en cuyo texto adoptó un sistema

mixto para regular las medidas cautelares, puesto que eran taxativas, típicas y tradicionales por otras atípicas e innominadas, dispuestas en el literal c) del artículo 590.

Estas últimas sólo pueden ser decretadas a través de actos de instrucción u ordenación en los cuales se hace necesario verificar por parte del juez natural la existencia de la legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza, la vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, la mayor conveniencia, establecer el alcance y duración, al igual que disponer las situaciones para su modificación, sustitución o cese de la misma.

No obstante, en el caso de las medidas de protección estas no son taxativas, sino que se configuran de forma libre, al arbitrio y discrecional de la autoridad competente, con el objeto de amparar y precaver o evitar los posibles daños irreparables a las personas, por lo cual García Ramírez (2002) señaló que se debe configurar una medida eventualmente que proteja los derechos amenazados, así *“el propósito de evitar daños irreparables suele tener relación con la naturaleza y contenido de derechos amenazados. Como es evidente, fluye de suyo el carácter imparable de una amenaza extremadamente grave y urgente a derechos como los de la vida o la integridad física. Puede ser eventualmente urgente, por cierto, conjurar amenazas a otro tipo de derechos amenazados con extrema gravedad.”*

Respecto de la legitimación de la parte para solicitar una medida cautelar, cabe señalar que corresponde a uno de los criterios relacionados con el *funmus bonis iuris*, que corresponde a la apariencia de buen derecho. Este criterio tiene como propósito que el juez natural al momento de la solicitud verifique la legitimación de la parte para actuar.

Según Jairo Parra Quijano (2013) *“las medidas cautelares deben ser pedidas por la parte interesada, en resguardar su derecho”* como regla general del proceso. Pues con esto el Juez como director del proceso puede analizar de forma meticulosa si procede o no el decreto de la medida. Así mismo, en este criterio tiene como fundamento que el peticionario acredite sumariamente la situación o el bien que debe ser protegido, pues se requiere justificar realmente la utilización de dicha medida.

Sin embargo, en el caso de las medidas de protección el carácter de urgencia le imprime una connotación de inevitable porque amerita una acción y respuesta inmediata para conjurar la amenaza, tal y como lo expone Diego García Sayán dentro de la resolución de medidas provisionales, en el Asunto de las penitenciarías de Mendoza, República de Argentina, del año 2011. En consecuencia, Rey Cantor (2010) al establecer algunas diferencias entre las medidas cautelares y medidas de provisionales, señala que los legitimados para solicitar las medidas provisionales son la presunta víctima, su representante o el juez y autoridad competente.

Ahora bien, con relación con la característica de oportunidad, el Dr. Héctor Quiroga Cubillos (1985 pp. 30) señaló que *“cualquier cautela se podrá ordenar por el Juez desde el auto admisorio de la demanda o desde el mandamiento de pago y hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, salvo en los casos expresamente autorizados en la ley”*.

En el caso de las medidas provisionales estas dependen del criterio de urgencia para su decreto y práctica inmediata para rescatar, preservar o restituir el bien amenazado o lesionado.

En el caso del decreto y práctica de la medida cautelar, y continuando con el criterio del Doctor Quiroga Cubillos (2007), las cautelas serán decretadas a petición de parte, por el Juez de conocimiento, quien sólo podrá comisionar para la práctica de éstas. A diferencia de las medidas de protección que pueden ser decretadas por cualquier autoridad competente y practicadas por la autoridad que las decreto o aquellos terceros designados, iterando evitar los posibles daños irreparables a la persona.

En lo concerniente con la exigencia de constituir una caución, el legislador previó que después que el juez natural admita una solicitud de medida cautelar presentada por la parte interesada, ésta última deberá prestar una caución, para lo cual el operador judicial deberá establecer el monto y la oportunidad para su cumplimiento, tal y como lo refiere el artículo 603 del Código General del Proceso concordante con lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil Colombiano.

Este criterio lo sostiene Cubillos Quiroga (1985) al mencionar *“Sin excepción, no podrá decretarse ninguna cautela sin que previamente se haya prestado caución que*

*garantice el pago de los perjuicios que se pudieren ocasionar, salvo en los casos en que el proceso se inicie de oficio”*

Así mismo, Forero Silva (2014 p.p.118) cita que *“En los casos que taxativamente señale la ley, el demandado puede prestar caución que garantice lo que se pretende, levantando como consecuencia las medidas cautelares que estén vigentes”*.

Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C -379 de 2004 expuso que *“dada la naturaleza y la finalidad de las medidas cautelares, es claro que la decisión final sobre el derecho que con ellas se pretende proteger de manera provisional, solo se toma de manera definitiva en la sentencia con la cual ha de culminar el proceso. Por ello, si las medidas precautorias se decretan por el juez con unos elementos de juicio iniciales y con fundamento en la demanda que los reviste de aparente seriedad y verosimilitud que posteriormente varían de tal manera que las pretensiones del demandante no han de prosperar, lo que se sigue de esa circunstancia es la imperiosa necesidad de resarcir los perjuicios que se hubieren irrogado a la otra parte con la práctica de tales medidas.”*

Más adelante señaló:

*“Esa es la razón por la cual el ordenamiento jurídico en los respectivos códigos de procedimiento cuando autoriza el decreto de medidas cautelares, señala en ciertos casos que antes de decretarlas quien las impetra deba constituir una caución con cargo a la cual pueda hacerse efectivo el derecho al resarcimiento de los perjuicios si en la sentencia se desestima la pretensión de quien las solicitó o si se demuestra que fueron pedidas en forma tal que se hubieren vulnerado los principios de la buena fe y la lealtad procesal”*.

De lo cual se concluye que las medidas cautelares se encuentran definidas por un tiempo limitado y, con el ánimo de limitar los efectos jurídicos de la misma, el legislador debe exigir la constitución de una caución para resarcir los daños causados cuando se desestima la pretensión o, en el evento, que la medida se extralimito.

Sin embargo, en el caso de las medidas de protección Asdrubal Aguiar – Aranguren (1994) señala que la noción de gravedad ante la inminente violación de los derechos humanos y, por consiguiente, *“la naturaleza de una emergencia de este tipo hace imposible esperar la decisión final del asunto y requiere la adopción de acciones inmediatas que eviten un daño irreparable y que, al momento de decidir, el tribunal pueda encontrarse frente a un hecho consumado”*; con lo cual parece innecesario la exigencia de una garantía.

En relación con la impugnación de las providencias relativas a las medidas cautelares, la Corte Constitucional Colombiana ha indicado en Sentencia C -925 de noviembre 18 de 1999, que como mecanismo de defensa del demandado para que este interponga recurso de apelación contra el auto que las decreto. Este derecho de defensa fue previsto en el Código General del Proceso en el numeral 8 del artículo 321, que reza: *“El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla”*.

En cuanto a lo planteado para las medidas de protección se debe acudir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece en término del inciso h) del artículo 8, que toda persona tiene derecho a recurrir el fallo. En este punto conviene recordar que el precepto citado es aplicable a todo procedimiento judicial, jurisdiccional o administrativo, pues busca satisfacer al individuo en su derecho supra-legal al debido proceso a través de las decisiones de una autoridad competente.

Para concluir, se propone un cuadro que contenga las diferencias pueda generar mayor claridad de lo expuesto.

<b>CRITERIO</b>	<b>MEDIDA CAUTELAR</b>	<b>MEDIDA DE PROTECCION</b>
Finalidad	Anticipar los daños que se puedan ocasionar mientras se esperan las decisiones definitivas de un derecho en litigio	Asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva
Objeto	Al cumplimiento de la futura sentencia o a proteger contingencias sobre las cuales ésta debe resolver, o para asegurar el laudo arbitral, según la Litis	Proteger efectivamente derechos humanos de cada persona
Naturaleza	Carácter Instrumental	Carácter Instrumental
Provisionales	Temporal con potestad dispositiva de desistimiento	Temporal a criterio del juez o autoridad competente
<i>Numerus clausus</i>	Taxativas (Nominadas)	Libre configuración (Innominadas)
Legitimación	A petición de parte	La presunta víctima, víctima o sus representantes.
Oportunidad	Desde la demanda hasta dictarse sentencia, salvo casos por ley	Cuando haya lugar a ello
Decreto y Práctica	Juez	Juez o Autoridad Administrativa
Exigencia de caución	Requiere caución que garantice los perjuicios que puedan ocasionarse	No requiere caución
Extinción	Desistimiento o caducidad o a solicitud de parte	Por orden judicial previa acreditación del cese de la vulneración o el daño a ocasionar
Recursos	Apelación en contra del auto que decreta la medida cautelar, de conformidad con la sentencia C- 925 de 1999	Admite recursos, salvo casos establecidos en la ley.



### **3. Análisis de la diligencia de toma de posesión como medida de cautelar o medida de protección dentro del proceso de captación ordenado por la superintendencia de sociedades**

A partir de este título se realizará un análisis del juez natural del proceso de captación masiva e ilegal de dinero, esto es la Superintendencia de Sociedades, así como, el origen de las facultades jurisdiccionales para adelantar el enunciado proceso, profundizar en las disposiciones legales y en los pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la diligencia de toma de posesión para verificar los aspectos esenciales con el objeto de determinar si esta medida puede considerarse como una de protección y, así, finalizar con presentar los efectos de la diligencia de toma de posesión al momento de la apertura del proceso.

#### **3.1 Superintendencia de Sociedades en calidad de autoridad jurisdiccional dentro del proceso de captación masiva e ilegal del proceso**

En este título se aborda la competencia de la Superintendencia de Sociedades como autoridad jurisdiccional desde los lineamientos constitucionales abordando los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales.

De ahí se deriva, la necesidad de establecer un concepto del termino “*jurisdiccional*”, para lo cual, se trae a colación lo expuesto por Calamandrei (1962) quien señaló que “*el ejercicio de la jurisdicción tiende, en primer lugar, a hacer prácticamente operativa la ley, esto es, a hacer que la voluntad del Estado expresada en la ley sea respetada y obedecida*”. Así mismo, precisa dicho autor sobre la competencia en el sentido de indicar

que *“la jurisdicción y la competencia se determinan en función a elementos de la relación sustantiva, tales como la ciudadanía de las partes, su domicilio, el valor económico de la causa, etc.”*.

Por otra parte, Alsina (2001) se refiere al termino jurisdiccional como la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos. Sin embargo, para Carnelutti (1971) señala que la jurisdicción se centra en el término latino *dicere ius* de la forma que sigue *“En su valor más puro, jurisdicción no quiere decir otra cosa que poder, y hasta potestad, del dicere iur super partes... todavía hoy, se comprende, por no decir se confunden, en el concepto de jurisdicción, con la potestad del dicere ius, la potestad de realizar los actos necesarios a ese fin.”*

A su vez, el término de la competencia es definido por Roberto Dromi (2009) como *“la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.”*

Este autor explica que *“El concepto de competencia, propio del Derecho público, es análogo, pero no idéntico al de capacidad, propio del Derecho privado. Mientras que en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma”*

Libardo Rodríguez (1981) la define como *“la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función”*

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 dispuso en el artículo 121 que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que atribuye la carta magna y las disposiciones normativas. Esto quiere decir que el Estado, única y exclusivamente, solo puede realizar lo que expresado en los ordenamientos jurídicos.

El Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2004) señala que el estado de derecho es el punto de partida y determinante formal y sustancial de la totalidad de la función administrativa del Estado y, por consiguiente, consolida como el referente del régimen jurídico aplicable para el ejercicio de dicha función; de la cual se pueden vislumbrar

algunos principios como el de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, división de poderes y control de la actividad pública.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C -816 del primero de noviembre de 2011, al estudiar la exequibilidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 señaló respecto de las funciones de las autoridades administrativas lo siguiente *“La Corte declara la exequibilidad de la disposición analizada, que ordena a las autoridades administrativas la extensión de los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, a las personas solicitantes que se hallen en la misma situación jurídica en ella decidida, con base en lo siguiente: 1. Las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley (CP 121) en la forma allí prevista (CP 123.2). Igualmente, la función administrativa tiene por objeto el servicio de los intereses generales y se adelanta con fundamento en reglas de igualdad -entre otras- (CP 209), que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento y protección de sus derechos”*.

De lo anterior se puede inferir que a una autoridad competente le son atribuidas funciones legales y, por ello, el Estado le proporciona poderes y deberes a ésta. Estos dos componentes se encuentran en el marco de afianzar la obligación de que todo ciudadano dentro del territorio deba someterse a las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales y, correlativamente, el deber del Estado de servir a todo ciudadano cuando lo requiera o lo solicite.

Concordante con ello, las normas que asignen competencias a las autoridades públicas deben determinar de forma clara dichas atribuciones y no ser susceptibles de interpretación en forma analógica o extensiva, tal y como lo señala el Consejo de Estado, sección primera en sentencia del 19 de noviembre de 2009 dentro del expediente 2003 - 00453.

En ese mismo sentido, señalo la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007, que *“en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se*

*atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas”.*

El Estado colombiano en aras de garantizar la efectiva administración de justicia como también hacer efectivos sus derechos sustanciales otorgó funciones administrativas y jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades.

La Superintendencia de Sociedades es, a su vez, una *“autoridad pública del orden nacional”* y una entidad descentralizada por servicios del orden nacional. Entiéndase por autoridad pública del orden nacional, lo preceptuado por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 501 del 21 agosto de 1992, Expediente T-2506, así:

*“La autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad.”*

En efecto, su naturaleza legal es la siguiente: *“La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, industria y Turismo ante Ministerio de Desarrollo), con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la Republica ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales...”,* de acuerdo con el Decreto Único Reglamentario 1086 de 2015.

Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades nacen por mandato legal, según el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-212 del 28 de Abril de 1994, así: *“los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, con lo cual elimina todo criterio absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeable (...) Únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no delante de sumarios ni juzguen delitos.”*

Concordante con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de diciembre de 2001, de la forma que sigue: *“Ese mandato legal que le atribuye competencia, no puede quedar convertido en letra muerta que permita burlar impunemente su exclusiva atribución para dirimir las controversias que en su interior puedan suscitarse (...)*

*Pero debe resaltar respecto de lo que se viene afirmando, que esa competencia la asume la Superintendencia de Sociedades, justamente desde la apertura del trámite del concordato y no la tiene siempre lo que resulta apenas obvio pues se trata de una competencia jurisdiccional excepcional y no permanente”*

Continuando con los pronunciamientos de las altas cortes, debe señalarse la Sentencia C- 156 de 2013, la Corte Constitucional Colombiana señaló que las facultades jurisdiccionales a una entidad de naturaleza administrativa, es de carácter expreso y concreto, de manera que no puede haber lugar a interpretación extensiva *“Como ese universo de supuestos susceptibles de ser definidos judicialmente es particularmente amplio, esta primera condición cumple una función importante, que se puede sintetizar así: siempre que el Legislador prevea una atribución de competencias en materia jurisdiccional en cabeza de autoridades administrativas, se puede suponer que, residualmente, se mantendrá un conjunto muy amplio de materias de competencia exclusiva de los jueces”*.

Más adelante aclara *“En primer término, debe respetar un principio de excepcionalidad, asociado a (i) la reserva de ley en la definición de funciones (incluidos los decretos con fuerza de ley), (ii) la precisión en la regulación o definición de tales competencias; y (iii) el principio de interpretación restringida o restrictiva de esas excepciones”*.

De acuerdo con lo citado, las facultades de orden jurisdiccional que le han sido otorgadas a la Superintendencia de Sociedad tienen carácter excepcional, concretas y limitadas a los expresamente designado por el Legislador, según el artículo 116 de la Constitución Política. Es así, que la Superintendencia de Sociedades es la encargada de adelantar los procesos de intervención por concepto de la captación masiva e ilegal de dinero, en

virtud de las funciones jurisdiccionales expuestas y lo mencionado en el artículo constitucional.

Aquí, se trae a colación lo mencionado por García Barajas en su artículo denominado *“Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades”* (2012), en el cual describió de forma expresa cuales son las características de la atribución de funciones jurisdiccionales, refiriéndose a *una competencia excepcional, determinada y de orden legal*”, al igual que expuso que existen otras características innatas en atribución a las funciones legales asignadas a la Superintendencia de Sociedades, tales como:

*“i. El legislador debe apreciar los elementos circunstanciales propicios para asignar o reiterar esta facultad a la autoridad administrativa, ii. La autoridad administrativa debe conservar plenamente sus objetivos misionales relacionados con el cumplimiento de actividades de naturaleza administrativa (...) y, en todo caso, iii. La actuación de los diferentes actores en cumplimiento de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativas debe darse dentro del marco que señalan la Constitución y la ley”*

Lo expuesto cobra relevancia constitucional en la sentencia C- 145 de 2009 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, en la cual se indicó:

*“El ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Sociedades encuentra fundamento en el artículo 116 superior, según el cual “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”; ha de entenderse que la acepción “ley” hace referencia no sólo a las normas que expide el Congreso en desarrollo de su función legislativa ordinaria, sino también a aquellas disposiciones que materialmente tienen tal carácter, como es el caso de los decretos legislativos de estados de emergencia social, a los cuales la Carta expresamente atribuye “fuerza de ley”.”*

Es decir que la Superintendencia de Sociedades, tiene funciones jurisdiccionales en temas específicos y precisos; esa concreción de temas prevista por el Legislador fue objeto de pronunciamiento por la Corte de Constitucional en la misma sentencia al realizar estudio de fondo del artículo 6 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, citando:

*“Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.”*

De lo anterior, se puede concluir que la función de la Superintendencia de Sociedades es la directora del proceso de intervención por captación y, de dicha afirmación, se colige que esta puede adoptar decisiones con el propósito de intervenir los bienes, haberes y derechos de la persona natural o jurídica intervenida con hechos notorios de captación.

Esa calidad de director del proceso, o encargado jurisdiccional, fue referida por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante el concepto 2012021788 del 27 de Marzo de 2012, en la cual estableció que *“En este orden, si esta Superintendencia determina, en ejercicio de sus funciones de prevención y control, la existencia de hechos objetivos y notorios, según lo establecido en el mencionado artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con los supuestos de captación consagrados en el Decreto 1981 de 1988, deberá imponer las medidas administrativas previstas en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; y así mismo, deberá ordenar el traslado de la actuación a la Superintendencia de Sociedades, para que conforme a las facultades otorgadas, adelante la intervención administrativa”*

### **3.2 La diligencia de toma de posesión propiamente dicha**

Ahora bien, cabe señalar que la diligencia de toma de posesión de bienes no está definida en los Decretos Legislativos 4333 y 4334 de 2008, ni mucho menos en la doctrina nacional como una medida cautelar para procesos de captación.

En los Decretos Legislativos en mención, lo que, si fue establecido es la designación de la persona que efectúa la ejecución de diligencia de toma de posesión de haberes, bienes y derecho en el proceso de intervención, lo cual ésta a cargo del agente interventor, sin orden jurisdiccional por parte de la Superintendencia de Sociedades, según reza el artículo 9 numeral 3 del Decreto 4334 de 2008.

Ésta facultad prevista al agente interventor tiene la finalidad que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional concernientes para contrarrestar los actos de captación masiva se han desarrolladas de forma expedita y, así procurar porque la eficiente devolución de los dineros a las personas afectadas, de conformidad con lo expuesto en parte considerativa de las citadas disposiciones normativas. Por consiguiente, no es dable que el operador judicial ni jurisdiccional equiparar a su libre interpretación a la diligencia de toma de posesión como una medida cautelar.

Ahora bien, la Superintendencia de Sociedades en el concepto 220- 53504 previo que la finalidad de las medidas de intervención para administrar el CLUB SOCIAL COLONIA DE CALDAS determinaban el actuar del agente especial, por ello manifiesto *“Ahora bien, como no existen parámetros que determinen la forma como debe llevarse a cabo la intervención para administrar, es de entender que el agente especial actúa como representante legal del intervenido por lo que esta facultado para iniciar, adelantar y ejecutar toda clase de actuaciones y diligencias tendientes no solo a la conservación de los activos, sino a la legalización las promesas de venta de los predios, lotes, apartamentos, etc”*

En el mismo texto señaló que *“Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 27 de la Ley 66 de 1968, modificado por el 8 del Decreto 2610 de 1979, en concordancia con el artículo 59 de la Ley 45 de 1923, cuando dispone, el primero de ellos, que en los casos en que se ordene la toma de posesión, el agente especial, a nombre de la persona intervenida, puede adelantar todas las actuaciones que prevé la Ley 45 de 1923 y disposiciones concordantes, con el fin de precautelar los derechos de los acreedores y propietarios y desarrollar los planes y programas en debida forma (...)”*

En cumplimiento de esa finalidad, no puede indicarse que la Superintendencia de Sociedades como máxima autoridad del proceso de captación, puede atribuirse la

comisión y practica de la diligencia de toma de posesión, puesto que como se manifestó en el título que precede las funciones no pueden extenderse ni catalogarse por analogía, en este caso, la diligencia de toma de posesión no puede equipararse a una medida cautelar de embargo y secuestro, debido al cumplimiento de las exigencias normativas que el Encargado Jurisdiccional debe acreditar para su realización, tales como acreditación del pago de la caución que garantice los posibles daños y perjuicios en su ejecución.

Esto quiere decir, que el Encargado Jurisdiccional es la autoridad competente para el decreto y práctica de las medidas cautelares en el proceso de intervención por captación en cumplimiento de los requisitos legales del Código General del Proceso, quien establecerá su alcance, duración y, en casos especiales, podrá a petición de parte u oficio modificarla, sustituirla o culminarla, de conformidad con lo establecido en la Ley 1116 de 2006 y en lo supletivo en el Código General del Proceso.

Sobre el particular, el catedrático Rodríguez Espitia en su libro *Nuevo Régimen de Insolvencia (2007)* expone *“Las cautelas continuaran vigentes, a órdenes del juez que conoce del proceso de liquidación judicial, para lo cual informará a la autoridad que corresponda para que tome nota de ello”*

Esto quiere decir que el juez tiene la potestad sobre todas las medidas cautelares referidas en el procedimiento ritual y, por tanto, excluye de forma tajante la posibilidad de asimilar la diligencia de la toma de posesión como medida cautelar en razón a que ésta debe ser ordenada y practicada por el encargado jurisdiccional, esto es la Superintendencia de Sociedades.

### **3.3 La diligencia de toma de posesión como medida de protección**

Por otra parte, cabe señalar que el legislador previo taxativamente las medidas cautelares que conllevan los bienes de la persona natural o jurídica intervenida, que no es emitida por el Agente Interventor; pero que lógicamente, difieren de la diligencia de toma de posesión preceptuada en el numeral 4 del artículo 9 del citado decreto.

Lo anterior, conlleva a confrontar la naturaleza jurídica de la medida cautelar propiamente dicha contra la medida de protección y, posiblemente, con sus características desvirtuar la denotación otorgada por el encargado jurisdiccional, teniendo en cuenta la carencia de concepto y pronunciamientos en la doctrina nacional de la diligencia de toma de posición como medida cautelar para procesos ejecutivos materializada a través del embargo y secuestro.

En ese sentido, es propio indicar que las diligencias de toma de posesión no pueden equipararse a una medida cautelar, como lo expuso la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400-08316, así *“Las diligencias de toma de posesión, son medidas cautelares que tiene como consecuencia dejar los bienes fuera del comercio, por lo que puede afirmarse que hace las veces de una diligencia de secuestro.”*

En el anterior párrafo se exhibe que el operador judicial realizó conjeturas inadecuadas de lo que *“puede”* ser considerado como diligencia de toma de posesión, sin que el fundamento legal utilizado corroboré o confirmé las afirmaciones que cimientan su pronunciamiento, sino que por el contrario recae en su parecer y considera a su arbitrio que constituye una medida cautelar porque el objeto de la medida se dirige a dejar fuera del comercio los bienes de los sujetos intervenidos.

Es decir, que le otorga una interpretación fuera de contexto planteado en los Decretos Legislativos pertinentes en la materia puesto que el argumento para equiparar a las diligencias de toma de posesión como medidas cautelares de embargo y secuestro recae en el efecto jurídico de sacar los bienes de comercio; y con ello, posiblemente, se encuentra pretermitiendo que las mencionadas disposiciones normativas del proceso de captación se dirigen en proteger a las víctimas reconocidas en el procedimiento de captación con la intención de devolver los dineros captados por terceros sin autorización y, a su vez, retornar la seguridad y confianza económica en el Estado.

A su turno, se observa que el encargado jurisdiccional debió acudir a verificar los actos procesales de instrucción para valorar su naturaleza de la diligencia, la autonomía y duración de la misma. Al igual que corrobora la celeridad de la práctica de la misma, por parte del agente interventor, sin que medie orden previa del juez concursal, como

también la carencia de la acreditación de la constitución y pago de la caución, tal y como se analizará.

Para que la tesis propuesta tenga sustento, a continuación, se detallan los siguientes argumentos. El primer aspecto radica, en el principio de especificidad que se encuentra en la configuración de las medidas cautelares a cargo del Legislador, cuyo asidero tiene los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencias C - 279 de 2013, C-523 de 2009, C-039 de 2004, T- 788 de 2013, T-172 de 2016, entre otras, y que son utilizados en este trabajo; en los cuales se han enfatizado que la taxatividad de las medidas cautelares no han sido un simple capricho del Legislador, de la forma que sigue:

*“Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso.”*

Y continúa indicando *“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”*

Así mismo, en la sentencia C- 523 del 4 de agosto de 2009, estableció que *“En cuanto a la posibilidad de imponer medidas cautelares, esta Corporación ha señalado 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.”*

A su turno, la misma alta corte en Sentencia C-039 del 27 de enero de 2004, previo que *“El legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer las medidas cautelares que resulten aplicables en los distintos procesos. Es así como la ley debe definir el tipo de medidas cautelares que pueden decretarse, la oportunidad en que ello puede hacerse y los procedimientos aplicables para el efecto”*

En las sentencias de tutela T-788 del 12 de noviembre de 2013 y T- 172 del 11 de abril de 2016, se reiteró que las medidas cautelares son taxativas *“es decir, se encuentran consagradas en la ley, la cual señala el proceso dentro del cual proceden.”*

Teniendo en cuenta lo transcrito, se concluye que la Corte Constitucional Colombiana establece que las medidas cautelares son reguladas por el ordenamiento jurídico vigente, dispuestas por el Legislador, pues son de carácter preventivo y buscan proteger los derechos de defensa y debido proceso, por lo cual, el legislador determina cuál es la forma que adoptará y el procedimiento expreso para el desarrollo de la misma por parte de la autoridad judicial.

En criterio de Buitrago Castillo (2014) *“Son taxativas (numerus clausus). Sólo proceden en los casos expresamente señalados por el legislador. La codificación se encarga no solo de tipificarlas sino de señalar su procedencia en determinados procesos.”*

Así las cosas, se puede señalar que las medidas cautelares propugnan por el principio de legalidad como garantía del debido proceso, con asidero en el principio de taxatividad como forma de restringir el poder de las autoridades judiciales, debido a que las actuaciones de estos no van a depender de su propio arbitrio ni su capricho.

No obstante, lo expuesto, también existen las medidas cautelares innominadas son las que no están expresadas pero que pueden ser decretadas por el Juez a petición de parte, siempre que el solicitante probatoriamente demuestre la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora y la constitución de una contra cautela, tal y como lo define el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta, la definición legal extraída del código ritual se advierte que la diligencia de toma de posesión no puede equipararse a la medida cautelar innominada enunciada, por cuando una medida de protección puede ser ordenada de oficio, no

requiere contra cautela ni caución para su constitución y su objeto se dirige a la protección de derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, no se abordará las medidas cautelares innominadas en el presente trabajo.

El segundo aspecto se sitúa en que las medidas cautelares desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, tal y como lo expuso la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C- 054 de 1997, esto significa que corresponde a las autoridades competentes el decreto y práctica de las medidas cautelares conforme a los artículos 13 y 229 de la Carta Política.

En relación con el fundamento constitucional, en la citada sentencia, se precisó que *“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, 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.”*

Así mismo, el máximo órgano constitucional ha establecido en la sentencia T -788 de 2013 *“que las medidas cautelares guardan relación directa con el derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que esta garantía fundamental, en cierta medida, asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas. No obstante, esta Corporación ha considerado que “su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas”. Así, una orden de embargo, secuestro, caución, inscripción de la demanda, entre otras, no puede vulnerar las garantías fundamentales de las personas”*

Teniendo presente lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de fecha 19 de diciembre de 2016, dentro del expediente con radicado 11001-03-28-000-2016-00081-00, al resolver sobre una solicitud de

medidas cautelares indicó que *“La medida cautelar nació entonces, como un mecanismo jurídico preventivo, establecido por el legislador con fundamento constitucional, con el objetivo de proteger y garantizar el objeto del proceso y evitar que las sentencias tuviera un efecto inocuo e inane frente a los derechos que el demandante considera afectados.”*

En ese sentido, todas las personas involucradas en el proceso pueden acceder a la administración de justicia para hacer valer sus derechos y protegerlos en contra de decisiones, tanto favorables como no, adoptadas dentro de las actuaciones administrativas y judiciales.

Remitiéndonos al proceso de intervención por captación, las medidas cautelares fueron previstas en el numeral 3 artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, como uno de los efectos de la toma de posición sobre los bienes del sujeto intervenido y la orden de inscripción de la medida ante las autoridades competentes. Lo anterior conlleva a la improcedencia del registro en la mutación de la tradición del bien inmueble, al igual que a la prohibición de cancelación de cualquier gravamen constituido a favor de la persona intervenida.

En el mismo texto de la disposición normativa, el Legislador indicó que la diligencia de toma de posesión constituye otro efecto de la toma ordenada, la cual consiste en la guarda de los bienes, libros y papeles de las personas intervenidas, con la finalidad que estos no dispongan de los bienes sino asegurar la devolución de los dineros captados sin autorización, de proteger aquella información necesaria para adelantar el trámite e informar a terceros la adopción de la medida.

En los términos de los preceptos enunciados se reconoce una diferencia sustancial entre las medidas cautelares tradicionales y la diligencia de toma de posesión, que recae en la facultad de provocar registros que afecten el dominio de bienes de la intervenida debe ser ordenada por el Encargado Jurisdiccional, mientras que la competencia del Agente Interventor recae en adelantar bajo su inmediata dirección, independencia y responsabilidad las actuaciones inherentes a la diligencia de toma de posesión a su cargo.

Ahora bien, para tal efecto el Encargado Jurisdiccional a través del auto 400 -012296, consideró que *“El Despacho da la razón al recurrente respecto al hecho de que al Agente Interventor no le son aplicables las normas propias del secuestre para las diligencias de toma de posesión”*. Reiterando que en esa providencia judicial fue reconocido que la figura de agente interventor no es similar a la figura del secuestre, por lo cual no le son aplicables las disposiciones normativas que lo rigen; y, por consiguiente, bajo dicha premisa no podría entenderse que la diligencia de toma de posesión es una medida cautelar.

Sin embargo, el legislador previó los vacíos normativos en las funciones asignadas al Agente Interventor y mediante la promulgación del Decreto 2310 del 4 de noviembre de 2015, se determinó que la naturaleza del cargo de Agente Interventor, la cual es de auxiliar de justicia y, por lo tanto, su oficio es público, ocasional e indelegable. Éste puede representar legalmente a una persona jurídica o, en su defecto, administrar los bienes cuando se trate una persona natural. Para el caso de los deberes y responsabilidades inherentes al cargo fue dispuesto que son los mismos a los definidos a los liquidadores, tal y como se señala el artículo 2.2.2.11.1.4. de la citada disposición.

En ese orden de ideas, el escenario implica que el Agente Interventor tiene bajo su responsabilidad adelantar la diligencia de intervención en cada uno de los bienes pertenecientes a los intervenidos, de forma imperativa, para asegurar los objetivos previstos en el Decreto Legislativo 4333 de 2008, pues omitir su cumplimiento haría ilusorio el trámite de devolución de dineros producto de la captación y, por consiguiente, el siguiente proceso de liquidación judicial.

Esa posibilidad de hacer efectivas las decisiones de los jueces y decidir de fondo sobre las eventuales oposiciones presentadas por terceros, a todas luces, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades y no al Agente Interventor quien, por la naturaleza del cargo, carece de dicha competencia.

El tercer aspecto se sitúa en que las medidas cautelares requieren condiciones mínimas para que procedan, las cuales deben ser evaluadas previamente por el juez natural,

puesto que en la mayoría de los casos se ordena su práctica sin escuchar la versión de la parte contraria.

Cuando se aborda la medida cautelar desde la garantía constitucional del debido proceso se pregonan el principio del juez natural, en el cual se presupone la existencia de órganos judiciales preestablecidos de forma permanente en la ley.

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C- 200 del 19 de marzo de 2002, al exponer la finalidad del principio del juez natural, enfatizó que *“La jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. La Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria.”*

Concordante con ello, la sentencia C- 537 de 2016, la misma corporación reiteró *“Esta garantía de juez natural no puede desligarse de la del derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio, es decir, los términos, trámites, requisitos, etapas o formalidades establecidas por el legislador, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política, para la adopción de una decisión por parte del juez competente.”*

Así mismo, la Corte Constitucional Colombiana en el auto de fecha 18 de octubre de 2017, dentro del expediente D12300, al rechazar una demanda de inconstitucionalidad expuso que *“El principio de juez natural o juez ordinario, establece que una persona sólo puede ser juzgada por aquellos tribunales que hayan sido constituidos previamente por ley, prohibiéndose la creación de organismos ad-hoc, o especiales para juzgar determinados hechos o personas en forma concreta. En el ordenamiento jurídico patrio, dicho principio tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 35 de la Constitución Política, que establece que ninguna persona puede ser juzgada por comisión, tribunal o*

*juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”*

En relación con el principio del juez natural, Ortiz (1997) que el juez es quien debe corroborar los requisitos de la medida cautelar, así *“una medida preventiva de carácter cautelar que, a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el Juez previa comprobación de los requisitos de Ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dirija, y los cuales quedarán afectos a responder del contenido dispositivo de la sentencia de condena expresado en la definitiva.”*

Concordante con lo expuesto, Calamandrei (1945) expone que el poder cautelar recae en que el Juez una vez verificada las condiciones generales pueda decretar las medidas que considere necesarias para proteger los derechos.

Para tal efecto, se hace necesario identificar a qué tipo de medidas cautelares se refieren los Decretos Legislativos 4333 y 4334 del 2008, esto es si hace mención de aquellas dispuestas para los procesos declarativos o para los ejecutivos.

En este punto es importante referirse a lo dispuesto en el artículo 2417 del Código Civil Colombiano que señala *“no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia”*, norma que sirve de asidero para explicar que el juez natural puede ordenar que se afecte un bien perteneciente al deudor para que sirva de garantía y se pueda satisfacer la obligación a su cargo.

Es así como el legislador con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, Ley de Garantías Mobiliarias, en el artículo 3 definió el concepto de garantía mobiliaria ampliando la potestad de tomar los bienes del deudor para garantizar las obligaciones a su cargo; en dicha disposición se indica que *“Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar,*

*incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.”*

Del citado texto se logra advertir la ampliación de la constitución de garantías reales sobre bienes y derechos sobre los cuales pueda recaer una garantía mobiliaria, lo que a todas luces, implica una modificación del régimen de prenda con y sin tenencia, civil o comercial, iniciando con la terminología a utilizar, tal y como lo explica el Dr. Herrera Rodríguez (2014) en el texto “análisis de las implicaciones del pago directo y de la ejecución directa contemplados en la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias.

Aunado a ello, se advierte en la exposición de motivos del proyecto de Ley 200 de 2012, así:

*“Este cambio conceptual se compagina con el objetivo del proyecto de ley en el sentido de aumentar y facilitar el acceso al crédito. En efecto, la garantía real es más amplia que la prenda y en tal sentido, el proyecto optó por este cambio legislativo conceptual porque es indispensable modernizar el concepto de prenda para que sea viable gravar inventarios flotantes, bienes a adquirirse en el futuro, inventarios de bienes no identificados plenamente, o cuentas por cobrar no representadas en títulos de crédito.”*

Concluyendo que:

*“el concepto de “garantía real”, en lugar de la limitada definición de “prenda”, aumentará las operaciones financieras y las clases de bienes que podrán emplearse como garantía de préstamos. Esto, a su vez, expandirá las posibilidades para acceder a crédito.”*

Concordante con ello, el Código General del Proceso, esto es la Ley 1564 del 12 de Julio de 2012, contempla un título particular para las cautelas.

En el caso de las cautelas previstas para los procesos declarativos, estas se vislumbran en el artículo 590 ibídem, en el cual se hace mención que las mismas son extensivas a todos los procedimientos previstos para ese tipo de cuerda procesal; para lo cual el juez podrá decretar inscripción de la demanda sobre bienes sometidos a registro y sobre los no sometidos puede ordenarse secuestro, siempre y cuando se discuta sobre derechos reales o universalidad de bienes; inscripción de la demanda sobre los bienes sometidos a

registro propiedad del demandado y la medida cautelar genérica o innominada, a solicitud de la parte demandante ya sea en el texto de la demanda o de forma posterior a esta o, en su defecto, decretada de oficio cuando lo estime la ley.

En el caso de su decreto, la parte demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total de las pretensiones estimadas en la demanda, con lo cual se prevé responder por los eventuales perjuicios causados y las costas derivadas de su ejecución, tal y como lo expone Francisco Javier Trujillo Londoño (2014 p.p. 181).

Por otra parte, las cautelas consagradas para los procesos ejecutivos se observan en el artículo 599 y siguientes, indicando expresamente que la parte interesada con posterioridad al mandamiento de pago, tiene la potestad de solicitar el embargo preventivo y el secuestro de los bienes entregados en garantía y en caso de que carezca de estos perseguir aquellos de su propiedad, en virtud los principios de persecución y prelación del pago.

El embargo medida cautelar por excelencia en este tipo de procesos tiene como finalidad poner fuera del comercio los bienes, activos y derechos propiedad de la parte demandada, salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en su venta, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 3 del artículo 1251 del Código Civil Colombiano. En la figura del embargo se hace distinción de aquellos que pueden embargarse y de aquellos sobre los que existe una limitación legal, también denominados inembargables, consagrados en el artículo 1677 ibídem.

Por su parte, Forero Silva (2014) sostiene que el secuestro *“es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor”*, y con ello prevenir que el deudor se insolvente o carezca de bienes que garanticen el pago de las deudas, sin sustraerlos del comercio.

El Doctor Hernán Fabio López Blanco en su libro *Instituciones de derecho procesal civil colombiano* (2012), expuso que *“El secuestro como medida cautelar es uno solo, pero por su origen fue elaborado, con fines didácticos, una clasificación que, si se tiene clara, permite distinguirlo fácilmente del embargo y es así como su finalidad puede clasificar el*

*secuestro como autónomo, perfeccionador de un embargo y secuestro complementario de un embargo”.*

El sujeto encargado de la administración y deberes sobre el bien sometido bajo cautela se denomina secuestre, quien deberá rendir cuentas de sus actos al juez que lo nombró o, en su defecto, a los mandatarios que lo eligieron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2270 del Código Civil Colombiano.

Vale destacar que, con la entrada vigencia del citado código, para este tipo de procesos no se hace necesario la constitución de caución, empero de ello, fue previsto garantizar los derechos constitucionales de defensa y contradicción con la posibilidad que la parte ejecutada pueda solicitar la constitución de una caución al momento de presentar las excepciones que haya lugar, tal y como lo expone Francisco Javier Trujillo Londoño (2014 p.p. 182).

Cada una de las medidas enunciadas, para ser decretadas deben ser verificadas previamente por el juez natural, quien tiene la obligación legal de analizar los requisitos enunciados, concernientes a **i)** la legitimación de las partes, **ii)** la vulneración del derecho, **iii)** la apariencia de buen derecho y **iv)** la proporcionalidad de la cautela por decretar, según lo expuesto en el título anterior.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las medidas cautelares reseñadas en el Decreto Legislativo 4334 de 2008, corresponden a cautelas diseñadas para los procesos declarativos, puesto que el numeral 3 del artículo 4 ibídem, específicamente, las medidas se interrelacionan entre la inscripción de la medida en la Cámara de Comercio, la emisión de órdenes de prohibición de enajenación de bienes sujetos a registro, de créditos y derechos de los sujetos intervenidos con posterioridad al auto de intervención, previa órdenes de instrucción del Encargado Jurisdiccional.

En ese orden de ideas, la diligencia de toma de posesión efectuada por parte del Agente Interventor no se asimila a una medida cautelar prevista para los procesos ejecutivos, en razón a que no se exige requisitos mínimos para su realización, concordante con lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C- 145 de 2009, que señaló *“La Superintendencia, en ejercicio de las funciones previstas en este artículo,*

*podrá, si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretar el embargo y secuestro de bienes o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio. Estas medidas también se sujetarán a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil”*

El cuarto aspecto se relaciona con el punto anterior, en el sentido de la acreditación de la constitución y pago de la caución por parte del parte demandante, de conformidad con el inciso final del literal b) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso.

Para tal efecto, se hace indispensable revisar lo consagrado en el artículo 65 del Código Civil Colombiano que establece la caución como *“cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”*, con lo cual se puede señalar que tiene como propósito en los procesos judiciales el asegurar el cumplimiento de la sentencia y, a su vez, el resarcimiento de los eventuales perjuicios o daños que se pueden generar por el decreto y práctica de la medida cautelar.

La razón de ser de dicha garantía radica en la necesidad de amparar el incumplimiento del deudor de una obligación, obteniendo con su constitución, un respaldo en la satisfacción del crédito de carácter quirografario, como lo señala Álvaro Pérez Vives (1999).

Sobre el tema, el máximo órgano constitucional en Sentencia C- 379 de 2004, establece la razonabilidad del pago de la caución, previo a la práctica de la medida cautelar, de la siguiente forma *“es decir, dentro de cualquier proceso, la caución como una medida cautelar que es, tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado, por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado”*

El profesor Forero Silva (2014), con la introducción del Código General del Proceso ha expuesto sobre el particular, que *“Finalmente, el último inciso del literal b) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso faculta al demandado para prestar caución (contracautela), a fin de impedir o levantar las medidas cautelares, no solo embargo y secuestro de bienes, sino también la inscripción de la demanda, por la cuantía*

*que el juez determine, teniendo en cuenta el valor de lo pretendido, por lo que el juez debe analizar, con prudente criterio el moto del reclamo formulado en la demanda, y fijar la cuantía de la caución, que debe corresponder a lo pretendido en la demanda.”*

De lo citado se puede decir que los procesos declarativos el demandado puede prestar caución, también denominada contracautelas, con la finalidad de impedir o levantar las medidas cautelares ordenadas en su contra; y, a su vez, reiterar que las partes intervinientes en un litigio pueden solicitar la constitución de una cautela para el cumplimiento de la obligación o sentencia, pero a su vez la constitución con el propósito de asegurar el resarcimiento de posibles perjuicios.

Según lo explica Chávez Zerda (2017) *“Considerando que las Medidas Cautelares, se fundamentan para prevenir un acontecimiento futuro o para proteger un derecho del demandante, es en ese sentido, que se justifica que para su adopción de las Medidas Cautelares, deberá ser previa caución para garantizar un daño y perjuicio al demandado, por cuanto, un principio constitucional, jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, por ello, un derecho constitucional no puede ser desconocido e ineludible por parte de la autoridad judicial.”*

Sin embargo, ésta investigación no recae en la finalidad de la caución sino en el procedimiento para su constitución, por lo cual se debe acudir a los pronunciamientos citados de la Corte Constitucional Colombiana, específicamente, en la sentencia enunciada, que citó:

*“Así entonces, mediante el compromiso personal o económico que se deriva de la suscripción de una caución, el individuo involucrado en un procedimiento determinado (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantiza el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso”.*

De lo transcrito, se vislumbran dos (2) requisitos esenciales. El primero en la manifestación de la voluntad de la parte interesada para el cumplimiento de la diligencia peticionada y, en segundo lugar, en garantizar el pago de perjuicios que se pudieran ocasionar.

El primer requisito puede esclarecerse con la definición proporcionada por Ospina Fernández (1998 pp. 17) *“la noción lógica del acto, resulta que sus elementos esenciales son dos, a saber: a) la manifestación de la voluntad de uno o más sujetos de derecho, y b) el objeto jurídico a que dicha manifestación de voluntad se endereza”*, significa esto que determinado acto jurídico debe exteriorizar la voluntad directa y encaminada a producir efectos jurídicos de crear, modificar o extinguir obligaciones.

Para este requisito en particular, el Agente Interventor acata el cumplimiento de los efectos legales previstos en el artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, además de consumir las órdenes dictadas por el encargado jurisdiccional y, por consiguiente, ejerce a cabalidad las obligaciones inherentes al cargo que desempeña sin formalizar una caución para asegurar los efectos de la diligencia de toma de posesión.

Por el contrario, la constitución de la caución prevista en la Resolución 100 – 00867 de 2011, compilada en la circular jurídica de 2015, ambas expedidas por la Superintendencia de Sociedades, indica que las cauciones judiciales para los liquidadores se deben constituir con el propósito de responder por los posibles perjuicios que se puedan generar en el ejercicio de su labor y, en el cese de sus actividades hasta por cinco (5) años contados a partir de su culminación de funciones.

Cada tratamiento de la garantía (caución) se dirige a la protección de actividades desplegadas por el agente interventor, excepto por aplicación u orden de la Superintendencia de Sociedades en calidad de Juez del Proceso.

A su turno, desde la óptica del sujeto intervenido debe señalarse que en el decreto legislativo no se hace mención de la posibilidad de constituir caución con el propósito de levantar las medidas cautelares. No obstante, se advierte que el artículo 15 del citado decreto, por remisión directa establece que en caso de vacíos normativos se puede acudir a lo reglado en el Estatuto de Insolvencia, esto es la Ley 1116 de 2006, y en esa

disposición se advierte la prohibición de constituir cauciones por parte del deudor, tanto en el proceso de reorganización como en el de liquidación judicial.

Según lo considera en la Corte constitucional en la nombrada sentencia C- 145 de 2009, así: *“Los artículos 13 (actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera); 14 (actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito), 15 (remisiones) y 16 (vigencia y derogatorias) del Decreto 4334 de 2008, consagran medidas tendientes a establecer y asegurar la transición, aplicación y vigencia del nuevo procedimiento de intervención allí regulado, las cuales no se oponen a los dictados de la Constitución, puesto que al igual que otras disposiciones del mismo Decreto, persiguen hacer efectivos los propósitos que animaron la declaración del estado de emergencia social y la expedición del Decreto Legislativo que se revisa, y buscan que la actuación de la mencionada entidad se desarrolle con sujeción a los principios de legalidad y debido proceso.”*

En el artículo 17 ibídem, se preceptúa *“A partir de la fecha de la presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores (...), la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre los bienes propios del deudor, efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; (...) salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”*

Concordante con ello, el artículo 19 dispone la providencia de inicio de la reorganización señala *“6. Prevenir al deudor que, sin autorización del juez del concurso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni adoptar reformas estatutarias tratándose de personas jurídicas”*

Conforme a lo expuesto, así también se advierte el artículo 48 de la disposición normativa en menciona, que establece en la apertura del proceso de liquidación judicial, lo que sigue *“2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos”*

Por lo cual, la providencia de apertura, en la que se prohíbe a los *“administradores, asociados y controlantes (...) disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor”* de acuerdo con el numeral 11 artículo 50 ibídem.

Así las cosas, el deudor tiene una serie de prohibiciones legales al momento de la apertura de procesos concursales, tal y como se indica en el oficio 430- 167383 del 2 de diciembre de 2011, en el proceso de la sociedad TRANSPORTES LA COSTEÑA DURAN Y CIA S.A., de la forma que sigue:

*“...1. OPERACIONES O ACTOS PROHIBIDOS. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, los administradores no podrán realizar las operaciones o actos que a continuación se relacionan, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del JUEZ del Concurso o que correspondan al giro ordinario de los negocios con sujeción a las limitaciones previstas en los estatuto.(...) Se advierte que los destinatarios de las operaciones prohibidas no sólo serán los administradores sino los sujetos que participen en el acto censurado por la Ley, bien sean los acreedores, o la sociedad fiduciaria, razón por la cual es carga de la administración utilizar algún medio idóneo para que éstos conozcan de la solicitud de reorganización realizada ante el juez del concurso y se abstengan de efectuar los actos u operaciones que la Ley considera como transgresoras de los fines del proceso en especial a aquellos acreedores que se encuentren en la posibilidad de realizar compensaciones o ejecuciones de garantías fiduciarias.”*

En consecuencia, el sujeto intervenido tiene prohibición legal para constituir caución para eliminar o mitigar los efectos en los bienes de su propiedad sobre los cuales pesa la medida de intervención por captación masiva e ilegal.

A su turno, el segundo requisito para la constitución de la caución, se dirige a garantizar el pago de perjuicios, que en otras palabras se convierte en la finalidad expuesta en párrafos antepuestos.

Ahora bien, procesalmente la caución debe cumplir con los parámetros contemplados en el artículo 603 del Código General del Proceso, relacionado con la clase de caución a decretar (real, bancaria, póliza judicial o en dinero), la cuantía habitualmente establecida por las pretensiones de la demanda y el plazo de la constitución de la misma, cuya

cancelación será al momento de extinguir el riesgo o la obligación. En la misma normatividad se dispone que una vez su constitución el juez puede calificar su suficiencia, para aceptarla o rechazarla.

El quinto y último aspecto, se centra en que el agente interventor no le es dable subsumir funciones propias y exclusivas de la Superintendencia de Sociedades, al realizar las diligencias de toma de posesión como medidas cautelares, en la medida que su cargo no fue previsto para ello. Esto se traduce en la competencia para la práctica de la diligencia de la medida de intervención que fue abordada en el acápite anterior.

Sin embargo, en este instante es propio complementar el papel específico del encargado del proceso de captación masiva e ilegal señalado que fue atribuido exclusivamente a la Superintendencia de Sociedades, por lo cual debe estudiarse nuevamente la remisión directa a la Ley 1116 de 2006, prevista en el artículo 15 del Decreto Legislativo 4334 de 2008.

En el estatuto de insolvencia se consagró en el artículo 5 las facultades y atribuciones del juez del concurso, que, para el caso de estudio, se limitaran a examinar únicamente las contenidas en los numerales 2 y 11.

El numeral 2 del artículo 5 ibídem, fue previsto *“Ordenar las medidas pertinentes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor, incluyendo la revocatoria de los actos y/o contratos efectuados en perjuicio de los acreedores (...)”*

Concordante con ello, el criterio de Rodríguez Espitia (2007 p.p. 93 - 98) que indica *“Este numeral no corresponde a una facultad del juez sino a una competencia que le ha sido conferida. Las reglas generales del proceso de liquidación judicial permiten entender, sin mayor dificultad, que es deber del juez la protección, custodia y recuperación de los bienes que integran el patrimonio del deudor, para lo cual, la Ley lo faculta para que de manera oficiosa decreta y practique medidas cautelares”*.

Esto quiere decir que la competencia para el decreto y práctica de las medidas cautelares recae ante el juez natural del proceso, quien debe emitir pronunciamiento de

ésta y, a su vez, hacerla efectiva, previa verificación y confrontación de los requisitos establecidos en la normatividad procesal.

A su turno, el numeral 11 del artículo citado, reza *“En general, tendrá atribuciones suficientes para dirigir el proceso y lograr que se cumplan las finalidades del mismo”*, con lo cual, a todas luces, se concluye que la Superintendencia de Sociedades tiene amplias atribuciones para dirigir el proceso y lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos por el legislador.

El citado tratadista Rodríguez Espitia respecto de este numeral, manifiesta *“En opinión de quien aquí escribe dicha atribución no lo facultad para ejecutar o tomar decisiones que no estén habilitadas por norma expresa; en otras palabras, no se trata de un poder genérico y omnímodo, entre otras razones porque el derecho al debido proceso se traduce en que las partes conozcan en detalle la forma y contenido de las atribuciones del juez”*

Es así como la Superintendencia de Sociedades tiene la competencia para el decreto de la medida cautelar sobre los procesos que tenga conocimiento.

Por otro lado, cabe mencionar que, al verificar el procedimiento para la práctica de la diligencia de secuestro, referida en el literal a) numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, consagra solo medidas cautelares para procesos declarativos. Seguidamente, se advierte el numeral 3 del artículo 593 ibídem, prevé para los procesos ejecutivos la figura de secuestro siempre precedido de una orden judicial para materializar la cautela de embargo y, por último, la orden de limitación de comercio, que para esta investigación no aplica.

Sin embargo, en ambos casos se requiere que el juez de conocimiento emita orden mediante providencia donde conste el decreto de la cautela de secuestro, el cual puede ser practicado directamente por este o, a raíz de su localización, comisionándolo a la autoridad para que la practique.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debe mencionarse que la Superintendencia de Sociedades como encargada jurisdiccional mediante concepto 220- 2993, estableció

pronunciamiento respecto de las facultades de los agentes especiales designados para liquidar los bienes de una persona natural o jurídica intervenida, lo siguiente *“decretada la medida la persona designada como agente especial pasa a ocupar el lugar del representante legal o propietario de la empresa intervenida, atendiendo no solo las gestiones propias de un administrador sino el encargo como liquidador, orientado al saneamiento y pronta liquidación de los negocios, bienes y haberes del intervenido, entre ellas, el cumplimiento de las funciones y deberes consagradas en el artículo 295 del Decreto 663/93 en concordancia con las disposiciones que lo reformen o modifiquen, contenidas en la Ley 510/99.”*

A su turno, con la entrada en vigencia del Decreto 2130 del 2015 se estableció que la persona designada como Liquidador funge en múltiples condiciones, tales como i) auxiliar de justicia, ii) administrador, iii) representante legal y vi) Liquidador, en concordancia con lo expuesto en el concepto 220- 004640 del 26 de enero de 2016.

De lo transcrito, se desprenden dos (2) aspectos. El primero corresponde a que el agente especial al inicio de la medida de intervención ocupó el puesto de representante legal y/o administrador de los bienes de los sujetos intervenidos y, el segundo aspecto, se dirige que el agente interventor cuando de forma posterior asuma el cargo de Liquidador tiene que cumplir con la multiplicada de funciones previstas en la ley, por lo cual, se resalta que el cargo ostentado tiene a cargo acompañar al juez del proceso en las diligencias ordenadas por el juez, como también asumir legalmente la defensa ante cualquier acción legal en contra de las personas que representa.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se debe incluir lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T -788 de 2013, respecto del acceso de la administración de justicia y el debido proceso, de la forma que sigue *“que las medidas cautelares guardan relación directa con el derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que esta garantía fundamental, en cierta medida, asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas. No obstante, esta Corporación ha considerado que “su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas”. Así, una orden de embargo, secuestro, caución, inscripción de la demanda, entre otras, no puede vulnerar las garantías fundamentales de las personas”*

En conclusión, la figura de agente especial (interventor) no puede ordenar ni mucho menos efectuar actos procesales fuera de su resorte ni extralimitarse u omitir los deberes, poderes y responsabilidades establecidas por la Constitución y la Ley, en este caso, no puede a su arbitrio decretar y practicar la medida cautelar de embargo, puesto que, tal y como se mencionó, esa atribución legal se encuentra a cargo del encargado jurisdiccional, Superintendencia de Sociedades. En gracia de discusión, la realización de dicho acto procesal dentro del proceso de intervención, sin la competencia para ello, generaría una vulneración directa al debido proceso y legalidad de las actuaciones administrativas.

De cada uno de los aspectos mencionados, se puede delimitar que la diligencia de toma de posesión corresponde a una medida de protección, puesto que la finalidad de la misma recae en garantizar el derecho de compensación a las víctimas del proceso de captación a través de la devolución de los dineros, bienes y activos de los sujetos intervenidos para tratar de compensar el daño y perjuicios sufridos por las actividades de captación masiva e ilegal de dinero.

Esto quiere decir, materializar una prohibición por medio del agente especial sobre los bienes, derechos y haberes propiedad de los sujetos intervenidos, para que sean objeto de un proceso administrativo, sin dilaciones injustificadas.

### **3.4. Efectos de la diligencia de toma de posesión en la apertura del proceso de liquidación por concepto de intervención**

En este título se abordará los efectos jurídicos de la diligencia de toma de posesión al equipárala como una medida cautelar, cuando su naturaleza recae en una de protección. Así mismo, verificar la obligatoriedad de la misma cuando se ordena con la facultad y/o atribución discrecional del juez y el registro o anotación de ésta.

En primer lugar, debe abordarse la iniciativa de las partes para el decreto y práctica de la medida, para lo cual es propio indicar que uno de los principios generales de las medidas cautelares es el dispositivo. Significa ello, que la proposición de la orden de una cautela

se encuentra en el derecho rogado y su consecuente impulso de la parte interesada, lo que a su turno conlleva que para que una medida pueda ser decretada, esta solicitud debe realizarse a la autoridad competente.

Atendiendo los lineamientos señalados por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T- 599 del 28 de agosto de 2009, que señaló *“la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo- y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”*. Argumento reiterado en la Sentencia C- 086 del 24 de febrero de 2016.

En el caso colombiano, un juez o autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales debe emitir una orden mediante providencia o acto administrativo motivado. En consecuencia, el decreto de una medida sin la exigencia de este requisito puede conllevar a la configuración de una nulidad por falta de competencia, tal y como lo estudia la corte constitucional en la sentencia C- 537 de 2016, que reza *“Es entonces al legislador a quien le compete, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, determinar “las formas propias de cada juicio” y, en desarrollo de esta función, determinar las irregularidades que generan nulidad para garantizar la vigencia de las garantías del debido proceso.”*

Así las cosas, se debe tomar como referencia que en ninguna parte del texto contenido en los decretos legislativos aparecen señaladas las funciones del agente interventor, pero en la norma supletiva del decreto legislativo se establece que las medidas cautelares prácticas y decretadas sobre los bienes del deudor continuarán vigentes y deberán inscribirse a órdenes del juez del proceso de liquidación judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1116.

En ese mismo artículo se señala que el juez concursal ordenará el relevó de los secuestres designados y le corresponde al Liquidador la obligación de secuestre de bienes.

Con la promulgación del Decreto 2130 del 4 de noviembre de 2015, el legislador determinó algunas obligaciones y deberes de los auxiliares de justicia que ostentan la calidad de agentes interventores dentro de los procesos concursales adelantados bajo el imperio de la Ley 1116 de 2006. En dicho decreto se establece que la persona que ostente la calidad de agente interventor tendrá los mismo deberes y responsabilidades que la ley le impone a los liquidadores, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 2.2.2.11.1.4. *ibídem*.

Lo que quiere decir que el Agente Interventor y Liquidador actualmente tienen las mismas funciones en el proceso concursal para asegurar su eficacia en lo relativo a los derechos de los acreedores.

Ahora bien, tratándose de la calidad de secuestre, este cargo que implica la aprehensión física y material de los bienes para su guarda y protección, previa orden emitida por el Juez. Para tal efecto, al tenor literal del derogado artículo 682 del Código de Procedimiento Civil, se disponía que *“Para el secuestro de bienes se aplicarán las siguientes reglas: 1. Modificado. L. 794/2003, art. 68. En el auto que lo decrete se señalará fecha y hora para la diligencia, que se practicará, aunque no concurra el secuestre, caso en el cual el juez o el funcionario comisionado procederá a reemplazarlo en el acto, sin que en la comisión se pueda prohibir la designación del secuestre reemplazante en el evento de la no comparecencia del que se encontraba nombrado y posesionado”*

A su turno, el Código General del Proceso señala en el inciso 1° del artículo 595 que *“Para el secuestro de bienes se aplicarán las siguientes reglas 1. En el auto que lo decrete se señalará fecha y hora para la diligencia y se designará secuestre que deberá concurrir a ella, so pena de multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos mensuales. Aunque no concurra el secuestre la diligencia se practicará si el interesado en la medida lo solicita para los fines del numeral 3.”*

Tanto de la Ley de insolvencia como de los códigos rituales se permite inferir la existencia de una providencia judicial que decrete la práctica de la medida cautelar su tiempo y fines perseguidos. En el caso de los procesos de captación masiva e ilegal de

dinero, la Superintendencia de Sociedades, en el auto 400-011286 del 19 de junio de 2013, dispuso:

*“Buscando la salvaguarda de los bienes que forman parte de la masa a liquidar, el despacho procederá a señalar fecha y hora para la diligencia de secuestro de los mencionados bienes inmuebles. Ahora bien, teniendo en cuenta que algunos de los bienes citados como los correspondientes a los enunciados en los numerales 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 17 y 18 ya se encuentran en poder de la intervención, no se considera necesaria diligencia de secuestro sobre los mismos. (...) Respecto de los otros bienes, se fija como fecha para la práctica de las diligencias el día (...) comisionándose a las doctoras (...) para la práctica de las siguientes diligencias”*

Lo citado corrobora la competencia del encargado jurisdiccional al emitir la providencia que decretó la fecha de la práctica de la diligencia de embargo y secuestro para los bienes inmuebles provenientes en proceso de intervención de la sociedad C.I. ECOCAFE S.A., y designó al Liquidador como secuestre. En ese sentido, la providencia emitida por el Encargado Jurisdiccional determina que es éste quien impone el cargo de secuestre, decreta y practica la medida cautelar.

Esta regla de funciones para el Liquidador y Agente Interventor tiene como propósito, según Rodríguez Espitia (2007 p.p. 430) *“reducir los costos del proceso y evitar la duplicidad de funciones, pues si el liquidador, como administrador de un patrimonio ajeno, responde por los bienes del deudor, no tiene sentido que coexista otro auxiliar con la misma responsabilidad, como es el caso del secuestre”*

Por consiguiente, la diligencia de toma de posesión como medida de protección no puede constituirse como medida cautelar, en razón a que puede ser llevada a cabo por el agente interventor sin la necesidad de la providencia que la decreta. En caso tal, de ser considerada como una medida cautelar podría estar en curso de una nulidad procesal ante la carencia de orden judicial.

La nulidad procesal originada por la falta de competencia puede viciar la actuación procesal, puesto que es una de las sanciones más graves que invalidan los actos

procesales que se hubieran practicado con desconocimiento de las ritualidades y exigencias consagradas para la preservación del debido proceso.

En el antiguo código ritual, en el artículo 146 Código de Procedimiento Civil, el legislador estableció los efectos de declarar la nulidad así: “La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste.” No obstante, los medios probatorios practicados dentro de dicha actuación conservarán su validez y, así mismo, tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.

Por consiguiente, el auto que declare la nulidad señalará que la actuación que debe resucitarse, y, por ello, condenará en costas a la parte que dio lugar a ella. Seguidamente, en el inciso final del artículo 148, relacionado con las declaratorias y conflictos de competencia, se disponía que *“La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces”*.

Este aspecto fue tratado en el artículo 138 del Código General del Proceso, que indica *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.*

Concluyendo que:

*“El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.”*

Dicha disposición fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C- 537 de 2016, así *“Por el contrario, si el proceso fue irregular y se desconocieron garantías, existirá un vicio que conducirá a la nulidad de la actuación desarrollada. El mantenimiento de la validez de lo actuado, se explica además por el*

*carácter instrumental de las formas procesales (del que se deriva la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal), el que explica que la nulidad procesal solamente se declarará luego de determinar el efecto que produjo la irregularidad frente a las resultas del proceso o frente a las garantías de los justiciables”*

En efecto la esencia de esta nulidad recae en el derecho esencial previsto en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana que engloba la necesidad que las decisiones se adopten por funcionarios o autoridades competentes, según las formas propias de cada juicio o trámite y con reconocimiento del derecho de defensa, si hubiere lugar a ello.

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C- 328 de 2015, reiteró la finalidad de establecer los factores de competencia a los jueces, de la forma que sigue: *“Los criterios o factores de competencia tienen como objetivo fundamental, definir cuál va a ser la autoridad judicial, juez o tribunal, que va a conocer, tramitar y decidir, con preferencia o exclusión de las demás, un determinado asunto que ha sido puesto en conocimiento de la administración de justicia.*

Aunado a ello, iteró que los factores de competencia para los jueces corresponde a *“(i) la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo); (ii) la calidad o condiciones especiales de las partes que concurren al proceso (factor subjetivo); (iii) la naturaleza de la función que desempeña la autoridad que tiene a su cargo la definición y resolución del proceso (factor funcional); (iv) el lugar o foro donde debe tramitarse y desarrollarse el proceso (factor territorial); y (v) la competencia previamente determinada para otro proceso, lo que permite que un proceso asignado a un juez absorba los otros asuntos que con relación a un tema específico puedan ser promovidos con posterioridad (factor de conexidad o de atracción).”*

Así mismo el juez al avocar conocimiento por cualquier de los factores de objetividad, subjetividad, funcionalidad, territorialidad y conexidad o atracción se verá inmerso en las características propias de los factores de competencia *“(i) **legalidad**, en cuanto debe ser definida por la ley; (ii) **imperatividad**, lo que significa que es de obligatoria observancia y no se puede derogar por la voluntad de las partes; (iii) **inmodificabilidad**, en tanto no se puede variar o cambiar en el curso del proceso (perpetuatio jurisdictionis); (iv) **indelegabilidad**, ya que no puede ser cedida o delegada por la autoridad que la detenta*

*legalmente; y (v) es de **orden público**, en razón a que se sustenta o fundamenta en principios y criterios que se relacionan con la prevalencia del interés general”* (Negrillas originales).

En este punto es oportuno resaltar que las nulidades procesales en el proceso concursal se avizoran por remisión directa al Código General del Proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006. Esto quiere decir que la nulidad procesal dispuesta por falta de competencia se encuentra contenida en el numeral 2 del artículo 133 del citado Código ritual, en razón a ello, el factor de competencia de la Superintendencia de Sociedades en los procesos por captación masiva e ilegal de dinero recae en *el factor funcional*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Consejo de Estado Colombiano, en Sentencia del 7 de mayo de 2014, expediente 2013- 00147-01, determinó *“Huelga aclarar que la nulidad por falta de competencia funcional no solo se configura a partir del desconocimiento del Juez competente, conforme con la estructura vertical en que está distribuida la Jurisdicción, sino también, cuando se contravienen las reglas que prescriben, para los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, si es la sala de decisión o el magistrado ponente a quien le está atribuida la facultad de proferir determinadas decisiones”*.

Empero, la causal de nulidad advertida en la presente investigación tiene un efecto diferente, puesto que la máxima autoridad constitucional en sentencia C- 537 de 2016, señaló que *“Estos conjuntos de disposiciones reflejan la exigencia constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, de garantizar un acceso efectivo a la justicia y de hacer efectivas las garantías del debido proceso para que el rigor extremo de la aplicación de los trámites procesales, no vaya en desmedro de un proceso que cumpla su finalidad, en un plazo razonable, al tiempo que garantiza una actuación procesal de calidad y garantista.”*

Se colige de lo expuesto que al decretar una nulidad por concepto de falta de competencia se pretende dar prevalencia a los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso efectivo de la justicia. Sin embargo, al exponer la consecuencia de

éste decreto señaló *“Es por esta razón que varias de estas normas procesales determinan que la pérdida de competencia, la variación de la misma o la nulidad procesal por incompetencia, no comprometen la validez de lo actuado con anterioridad por el juez y, por consiguiente, indican que el juez que asumirá en adelante competencia no deberá iniciar de nuevo toda la actuación.”*

Lo que a todas luces significa la conservación de validez de todo lo actuado por parte del juez incompetente, aunque no se cumplieron con los ritos procesales establecidos por el legislador. Teniendo en cuenta lo anterior, podría decirse que al asumir erróneamente la Superintendencia de Sociedades la connotación de medida cautelar a la diligencia de toma posesión, ante el escenario de omitir su previa orden o la labor de acompañar la práctica de la diligencia al Agente Interventor, podrá decretar, de oficio o a solicitud de parte, la nulidad por falta de competencia, pero así mismo validará todas las actuaciones surtidas en la citada diligencia, en procura del principio de eficiencia administrativa.

Reiterando los argumentos esgrimidos por la Alta Corte Constitucional en la sentencia C-537 de 2016, así *“Una interpretación sistemática de las dos normas conducía a concluir que la nulidad no generaba, per se, la nulidad de todo lo actuado con anterioridad. La verdadera modificación consiste en establecer de manera clara, la conservación de la validez de lo actuado por el juez declarado incompetente y no dejar al arbitrio del juez la determinación de los efectos de la nulidad. La repetición innecesaria de lo actuado, era un obstáculo para la eficacia del debido proceso y para la tutela efectiva del derecho sustancial. Ahora bien, la conservación de la validez de lo actuado no obsta para que se pueda declarar su nulidad, cuando en su trámite se hubiere incurrido en una causal de nulidad diferente.”*

En gracia de discusión, en caso que el agente interventor proceda con cumplir con las facultades previstas en el Decreto Legislativo 4334 de 2008 (artículo 9), esto es realizar una diligencia de toma posesión sin previa orden judicial que señale la fecha y hora de la diligencia, como ya se mencionó debido al trámite de la medida de protección sin intervención del Encargado Jurisdiccional, puesto que pretende salvaguarda el derecho constitucional a la libertad económica bajo la intervención del Estado previsto en el artículo 333 de la Constitución Política Colombiana; éste auxiliar de la justicia podrá verse en curso en una posible sanción.

Es tan así que no se puede denominar la “*diligencia de toma de posesión*” como medida cautelar de secuestro de los bienes de los intervenidos, pues las actuaciones del encargado jurisdiccional deben contener:

- a) Providencia en la cual se decretará la fecha y la hora para la práctica de la diligencia de toma de posesión de cada uno de los bienes inmuebles de las personas naturales y jurídicas intervenidas.
- b) Del acompañamiento del Juez del Proceso en cada una de las diligencias de toma de posesión, o en su defecto de la comisión para su realización.

Es claro que las “*diligencias de toma de posesión*” señaladas por el legislador no pueden ser catalogadas, llanamente, como medida cautelar, en razón la carencia de los requisitos de formalización, antes mencionados.

En segundo lugar, respecto del registro de la diligencia de toma de posesión, debe indicarse que los efectos se producen al momento de su respectivo registro y no se extienden en el tiempo de forma ilimitada, sino que deben ordenarse como una medida de embargo sobre los bienes a cargo del Encargado Jurisdiccional hasta estar incurso en el proceso de liquidación judicial.

Carnelutti (1971, p. 387 y ss.) manifiesta que la medida cautelar es ante todo una decisión de oficio que trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se defina el derecho en *litis*.

Como se ha indicado, las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas en el trámite concursal conforme al procedimiento establecido en la Ley 1116 de 2006 y, en caso de vacíos normativos, lo supletivo se atenderá conforme al Código General del Proceso. En la práctica el artículo 54 de la ley de insolvencia establece que las medidas cautelares continúan vigentes y deberá inscribirse a nombre del juez del proceso.

De acuerdo con lo anterior, al analizar las medidas cautelares previstas en el artículo 590 del Código General del Proceso, se visualiza el parágrafo 2 del artículo 590 que señala que en caso que el demandante no promueva la ejecución dentro del término a que se

refiere el artículo 306 las medidas cautelares decretadas y practicadas podrán levantarse conforme a lo contenido en los literales b y c del numeral 1 de la citada disposición. Este levantamiento comprende las acciones indemnizatorias más no reales, tal y como lo señala Francisco Javier Trujillo Londoño (2014 p.p. 183)

Sin embargo, no existe anotación registral de la medida cautelar denominada diligencia de toma de posesión, sino que por el contrario se registra una prohibición administrativa de enajenar, salvo orden diferente por parte del Agente Interventor conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, objeto de análisis.

Concordante con ello, el artículo 32 de la Ley 1579 de 2012, se instituyó la prohibición judicial indicando que *“La autoridad judicial o administrativa con funciones judiciales competente podrá ordenar al Registrador que se abstenga de realizar inscripciones de actos que alteren o modifiquen la situación jurídica de un inmueble, mientras se resuelve el proceso respectivo.”*

De los términos del precepto transcrito se concluye que la diligencia de toma de posesión provoca en el registro de bienes la prohibición judicial de inscribir actos que afecten el dominio de los sujetos intervenidos.

En este orden de ideas, no se encuentra fundamento legal para que la diligencia de toma de posesión se equipare como una medida cautelar, dada la naturaleza de los bienes objeto de registro y lo que requieren para perfeccionamiento de dicha formalidad.

## 4. Conclusiones

En el transcurso de este escrito se ha propendido por dar respuesta a la hipótesis si es posible considerar la diligencia de toma de posesión prevista en el proceso de captación masiva e ilegal de dinero como una medida cautelar o, en su defecto, puede recibir el mismo tratamiento jurídico y doctrinal de una medida protección. Lo anterior, debido a la interpretación por analogía efectuada por el encargado jurisdiccional, esto es Superintendencia de Sociedades, quien optó por equipar su naturaleza a una medida cautelar de embargo y secuestro dentro de los procesos concursales.

De los argumentos puestos a consideración en el presente documento, se pudo concluir que la diligencia de toma de posesión corresponde a una medida de protección, para tal efecto y con el objeto de reiterar los argumentos esenciales que sirvieron de base para dicha conclusión fue necesario analizar las disposiciones normativas vigentes relacionadas con las medidas cautelares, previstas en el Código Civil Colombiano, Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), la Ley 1116 de 2006, última norma supletiva del Decreto Legislativo 4334 de 2008, además fue imperativo analizar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, acompañada de la jurisprudencia nacional respecto del tema emanada por la Corte Constitucional de Colombia.

A partir de ello, se debe culminar indicando que la diligencia de toma de posesión puede considerarse una medida de protección en razón a su naturaleza, puesto que tiene por objeto la protección efectiva o la prevención de los posibles daños irreparables que pueda sufrir los derechos fundamentales de la persona. Para el caso que nos ocupa, la diligencia de toma de posesión prevista en el proceso de captación masiva e ilegal de dinero propende por garantizar los derechos fundamentales de las víctimas del proceso de captación masiva e ilegal de dinero y, por consiguiente, procurar la devolución de los dineros, activos y haberes para compensar el daño y perjuicios causados.

Así mismo, las medidas de protección se liberan de cualquier formalismo jurídico provenientes de las medidas cautelares, propugnando por un carácter especial que busca proteger derechos fundamentales, lo que, a todas luces, produce que el agente interventor pueda practicarla sin orden previa emitida por el encargado jurisdiccional y, por lo tanto, dada su naturaleza, la diligencia de toma de posesión no puede ser considerada una medida cautelar.

Ahora bien, también se concluyó que, si bien es cierto, la medida cautelar es el género como institución jurídica- procesal y, sin lugar a dudas, la medida de protección es su especie, no es menos cierto que tienen criterios en común y otros disimiles que las hacen autónomas e independientes en el objeto que protegen y los efectos que producen, como en compendio se detalla en el siguiente cuadro.

<b>CRITERIO</b>	<b>MEDIDA CAUTELAR</b>	<b>MEDIDA DE PROTECCION</b>
Finalidad	Anticipar los daños que se puedan ocasionar mientras se esperan las decisiones definitivas de un derecho en litigio	Asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva
Objeto	Al cumplimiento de la futura sentencia o a proteger contingencias sobre las cuales ésta debe resolver, o para asegurar el laudo arbitral, según la Litis	Proteger efectivamente derechos humanos de cada persona
Naturaleza	Carácter Instrumental	Carácter Instrumental
Provisionales	Temporal con potestad dispositiva de desistimiento	Temporal a criterio del juez o autoridad competente
<i>Numerus clausus</i>	Taxativas	Libre configuración
Legitimación	A petición de parte	La presunta víctima, víctima o sus representantes.
Oportunidad	Desde la demanda hasta dictarse sentencia, salvo casos por ley	Cuando haya lugar a ello
Decreto y Práctica	Juez	Juez o Autoridad Administrativa
Exigencia de caución	Requiere caución que garantice los perjuicios que puedan ocasionarse	No requiere caución
Extinción	Desistimiento o caducidad o a solicitud de parte	Por orden judicial previa acreditación del cese de la vulneración o el daño a ocasionar
Recursos	Apelación en contra del auto que decreta la medida cautelar, de conformidad con la sentencia C-925 de 1999	Admite recursos, salvo casos establecidos en la ley.

Aunado a ello, se coligió que las medidas de protección no deben cumplir con el principio de especificidad o taxatividad, pues constituye otro efecto desarrollado por el legislador en procura de adelantar con celeridad la toma de posesión ordenada. Sumado a ello, se reconoció una diferencia sustancial entre las medidas cautelares tradicionales y la diligencia de toma de posesión, debido a que el encargado jurisprudencial tiene la facultad de provocar registros que afecten el dominio de bienes de las personas intervenidas, mientras que la competencia del Agente Interventor recae en adelantar bajo su inmediata dirección, independencia y responsabilidad las actuaciones inherentes a la diligencia de toma de posesión a su cargo.

Así también, quedo claro que la Superintendencia de Sociedades es la única autoridad que tiene atribución legal y competencia para el decreto y practica de medidas cautelares sobre los procesos que tenga conocimiento y, por lo tanto, deberá cumplir con los requisitos establecidos en las disposiciones normativas, en virtud al funciones propias y exclusivas de la Superintendencia de Sociedades previstas desde el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia concordantes con los procesos concursales previstos en la Ley 1116 de 2006.

En cuanto al proceso de captación masiva e ilegal de dinero el legislador previo la medida de protección para que el auxiliar de la justicia (agente interventor) proceda a garantizar los derechos fundamentales de las víctimas, dándole celeridad en la realización en la diligencia de toma de posesión, tal y como consta en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008. Es entonces donde se advierte las diferencias respecto del cumplimiento de requisitos mínimos para su procedencia y práctica, puesto que el encargado jurisdiccional debe dar estricta y obligatorio cumplimiento a lo previsto en la ley, mientras que el agente liquidador debe acatar lo establecido en la ley y lo reseñado por la Superintendencia de Sociedades.

Por otra parte, y con relación a la acreditación de la constitución y pago de la caución, también se concluyó que el sujeto intervenido cuenta con la prohibición legal para constituir caución para eliminar o mitigar los efectos en los bienes de su propiedad sobre los cuales pesa la medida de intervención por captación masiva e ilegal, que, para el caso de estudio recaería en la medida cautelar de secuestro. De lo cual, a su vez, se colige que ni el agente interventor por la naturaleza del cargo que ostenta ni el sujeto

intervenido a causa de su situación jurídica que pesa sobre él, eventualmente, podrían de alguna forma acreditar caución (cautela o contracautela) para eliminar o levantar la ejecución de las medidas cautelares prevista por el legislador.

Vale resaltar que el Agente Interventor no tiene una voluntad expresada en el deseo o querer propio de crear, modificar o extinguir un derecho, por el contrario tiene a su cargo una obligación legal concerniente en acatar el cumplimiento de los efectos legales previstos en el artículo 9 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, además de consumir las órdenes dictadas por el encargado jurisdiccional y, por consiguiente, no podría decirse que voluntad de este recae en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo ni en formalizar una caución para asegurar los efectos de la medida de intervención.

También, se concluyó que las medidas cautelares reseñadas en el Decreto 4334 de 2008 para el procedimiento de captación masiva e ilegal corresponden a cautelas diseñadas para los procesos declarativos, puesto que el numeral 3 del artículo 4 ibídem, específicamente, las medidas se interrelacionan entre la inscripción de la medida en la Cámara de Comercio, la emisión de órdenes de prohibición de enajenación de bienes sujetos a registro, de créditos y derechos de los sujetos intervenidos con posterioridad al auto de intervención, previa órdenes de instrucción del Encargado Jurisdiccional.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no es dable que el operador judicial ni jurisdiccional equipare a su antojo la diligencia de toma de posesión como una medida cautelar, puesto que itero corresponde a una medida de protección debió a la finalidad de la misma que recae en asegurar que los bienes, derechos y haberes propiedad de los sujetos intervenidos sean objeto de prohibición administrativa para enajenar o afectar su dominio, dentro de un proceso administrativo, además que no debe cumplir con los formalismos consagrados en el principio de especificidad, el principio de eficiencia de la administración de justicia, el cumplimiento de requisitos mínimos para su procedencia y práctica, la acreditación de la constitución y pago de la caución, la competencia y funciones propias y exclusivas de la Superintendencia de Sociedades y los efectos como una cautela de embargo y secuestro.

## Bibliografía

- AGUIAR-ARANGUREN, A. (1994). Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana, en la Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. CIDH, 20.
- ÁLAVA, J. C. E., & Vallejo, G. A. R. (2012). IMPACTO SOCIOECONOMICO DE LAS PIRAMIDES FINANCIERAS EN LA CIUDAD DE PASTO. *InvestigiumIRE*, 3(3), 13-22.
- ALSINA, H. (2001). *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4. México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, SA de CV.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2010). *Las cautelas procesales: crítica a las medidas precautorias*. Editorial de la Universidad del Rosario.
- ATIENZA, M. (1994). Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, 1, 51-68.
- BUITRAGO CASTILLO, J. C. (2015). *De las medidas cautelares innominadas: un estudio sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del juez* (Bachelor's thesis).
- CABANELLAS, G. (2001). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Vol. 501, No. D50-285 (v. 1-v. 8)).
- CAIRO, V. R. *Fallas de mercado y regulación económica: ¿La regulación ejercida por el gobierno permite lograr un mejor funcionamiento de los mercados?*. *Quipukamayoc*, 21(39), 99-111.
- CHAVEZ ZERDA, M. I. N. E. R. V. A. (2017). *La aplicación de las medidas cautelares previa prestación de la caución*.
- CALAMANDREI, P., MELENDO, S. S., & Alsina, H. (1962). *Derecho procesal civil* (Vol. 1). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CALAMANDREI, P. (2008). *Las providencias cautelares*. Leyer.
- CORREA, R. S. (2008). *Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia*. Memorias. Seminario Franco-Colombiano. Reforma a la jurisdicción

contencioso administrativa. Extraído de <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf>

Corte IDH. Resolución de medidas provisionales, en el Asunto de las penitenciarías de Mendoza, voto concurrente del juez Diego García Sayán. 2011.

CANCADO TRINDADE, A. A. (2000). Prólogo al Compendio de Resoluciones de la Corte, medidas provisionales: 1996-2000. Serie E, (2).

CARNELUTTI, F. S. M., CARNELUTTI, S. F., & MELENDO, T. S. S. (1971). Derecho y proceso. COLEC. CIENCIA DEL PROCESO, 56, 57.

COUTURE, E. J. (1979) Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba.

CUBILLOS, H. E. Q. (1985). Procesos y medidas cautelares. Ediciones Librería del Profesional.

DAPENA ECHAVARRÍA, A. (2014). Análisis de la Ley 1676 de 2013: Garantías Mobiliarias. Medellín: Universidad Eafit.

DROMI, R. (2009). Derecho administrativo Ciudad Argentina.

FONDO DE GARANTIAS DE INSTUCIONES FINANCIERAS. (2013) Guía del Proceso de Toma de Posesión – Mecanismos de Resolución -. Extraído de <https://www.fogafin.gov.co/default/imagenes/file/Informacion%20al%20Ciudadano/Publicaciones/Guia%20Toma%20de%20Posesion.pdf>

GAMBOA, J. O. S. (2004). Tratado de derecho administrativo. Books, 3.

GARCIA BARAJAS, C. M. (noviembre 2012) Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades: características, críticas y dificultades. Revista Mercatoria. Editorial Universidad Externado de Colombia.

GARCÍA SARMIENTO, E. (2005) Medida Cautelar. Segunda Edición. Editorial Temis.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2002). Medidas precautorias. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, 130.

HERRERA RODRÍGUEZ, D. M. (2014). Análisis de las implicaciones del pago directo y de la ejecución directa contemplados en la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias (Bachelor's thesis).

Londoño, F. J. T. (2014). Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. Criterio Jurídico Garantista, 6(11).

LÓPEZ BLANCO, H. (2012, T1 pp 1089 a 1097) Bogotá D.C., Editorial Dupre. Instituciones de Derecho Procesales Civil Colombiano.

- LÓPEZ ROCA, L F. (2012). El principio de igualdad en la actividad financiera: El caso de acceso a los servicios financieros y el rescate de los bancos demasiado grandes para quebrar. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (2004). Cátedra de Derecho Bancario Colombiano” Primer Capítulo. Editorial Legis. Segunda edición.
- MORELLO, A. M., & Véscovi, E. Medidas cautelares y medidas provisionales. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 147-203.
- NIETO NAVIA, R. (1994). Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Teoría y praxis. La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos.
- OCAMPO, J. A. (1997). Una década de grandes transformaciones económicas, 1986-1995. Ibero-amerikanisches Archiv, 23(1/2), 183-211.
- ORTIZ, 1997. Caracas, Venezuela El poder cautelar general y las medidas innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional.
- OSPINA FERNANDEZ. (1998) Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis S.A. Quinta Edición.
- OSPINA Y OBANDO. (1980) La intervención estatal en el sector financiero. Editorial Legis. Bogotá.
- OTERO, L. (2008) Medidas cautelares: ¿De la taxatividad al poder cautelar general? Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio, homenaje al doctor Hernando Morales Molina, 2008, Editorial Universidad del Rosario.
- PÉREZ VIVES, A. Garantías Civiles. Segunda edición (1999). Temis. Preámbulo.
- QUIROGA CUBILLOS, H. (2007) La tutela cautelar: medidas cautelares, el embargo y secuestro de bienes. Editorial Sabiduría.
- RAMÍREZ, S. G. (2002). Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. Universidad Nacional Autónoma de México. 129
- RAMOS, M. O. (2000). Las medidas cautelares. La Ley.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://www.rae.es/>
- REY, E., & REY, Á. (2010). Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, (14), 127-193.
- REDENTI, E. (1957). Derecho procesal civil. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, número 201.

RODRÍGUEZ ESPITIA, J. J. (2007). Nuevo Régimen de Insolvencia. 1ª edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

RODRÍGUEZ, L. (1981). Derecho administrativo: general y colombiano. Editorial Temis Librería.

SERRANO RODRÍGUEZ, J. (2005). Mercados Financieros, Primer Capítulo. Editorial Ariel Primera.

SILVA, J. H. F., & Quijano, J. P. (2013). Medidas cautelares en el código general del proceso. Pontificia Universidad Javeriana.

STIGLITZ, J. (2010). Regulación y fallas. Revista de economía institucional, 12(23).

TORO AGUDELO, HERNÁN, (1973). La intervención presidencial en el Banco de Emisión, Lealon, Medellín.

## **DOCTRINA**

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto No. 42594 del 11 de Julio de 2013.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 93063173-5 del 29 de Julio de 1994

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 97037138-1 del 22 octubre de 1997

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2009002820-001 del 26 de mayo de 2009.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011010962-002 del 2 de marzo de 2011.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2013043142-001 del 4 de julio de 2013.

Superintendencia de Sociedades. Circular Externa Básica Jurídica del 25 de Octubre de 2015.

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220- 132830 del 23 de diciembre de 2008.

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220- 2993

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220- 53504

Superintendencia de Sociedades. Oficio 430- 167383 del 2 de Diciembre de 2011.

Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-033322 del 09 de abril de 2013.

Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-097453 del 22 de junio de 2014.

Superintendencia de Sociedades, oficio No. 220-144812 del 09 de septiembre de 2014

Superintendencia de Sociedades, concepto 220- 004640 del 26 de enero de 2016.

### **JURISPRUDENCIA**

Corte IDH., Resolución de 22 de abril de 2004, Medidas provisionales, Caso de la Cárcel de Urso Branco contra Brasil, Considerando 4.

Corte IDH. Resolución de medidas provisionales, en el Asunto de las penitenciarías de Mendoza, voto concurrente del juez Diego García Sayán. 2011.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia T- 443 de 1992. MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-212 de 1994. MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-925 de 1999. MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-054 de 1997. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-490 de 2000. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-840 de 2001. MP Dr. Jaime Araujo Rentería.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia SU 157 de 1999. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-039 de 2004. MP Dr. Rodrigo Escobar Gil

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-860 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-319 de 2007. MP Dr. Jaime Araujo Rentería.

Constitucional, C., & Sala Primera de Revisión. Sentencia T- 599 de 2009. MP Dr.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-135 de 2009. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-145 de 2009. MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-523 de 2009. MP Dra. Maria Victoria Calle Correa.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-816 de 2011. MP Dr. Mauricio González Cuervo.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-934 de 2013. MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-156 de 2013. MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-328 de 2015. MP Dr. José Edrigelio Guerrero Galván.

Constitucional, C., & Plena, S. Sentencia C-537 de 2016. MP Dr. Alejandro Linares Cantillo.

Constitucional, C., & Plena, Sentencia T- 3471 de 1995

Constitucional, C., & Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-788 de 2013, MP Dr. Luis Guillermo Guerreño Pérez.

Constitucional, C., & Sala Primera de Revisión, Sentencia T-172 de 2016, MP Dr. Albero Rojas Ríos.

Constitucional, C., & Plena, Sentencia C- 086 de 2016, MP Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Consejo de Estado Colombiano, Sentencia del 9 de diciembre del 2009, Expediente N°00732-00.

Consejo de Estado Colombiano, Sentencia del 7 de mayo de 2014, Expediente No. 2013-00147-01

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2009 dentro del expediente 2003 - 00453

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de diciembre de 2016, dentro del expediente 11001-03-28-000-2016-00081-00

Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sentencia del 2 de diciembre de 1982, ponencia del Dr. Ricardo Medina Moyano

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de diciembre de 2001 del Dr. Nicolás Bechara Simancas

Superintendencia de Sociedades, Expediente No. 29519, Auto 400-08316

Superintendencia de Sociedades, Expediente No. 29519, Auto 400 -012296

Superintendencia de Sociedades, Expediente No. 29519, Auto 400-011286

## **LEYES**

De Colombia, C. P. (1991). Bogotá. DC Editorial Legis S.A.

De Derechos Humanos, C. I. (1987). Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9.

Colombiano, C. C. (2010). Ley 57 de 1887. Bogotá: Legis, Colección Códigos Básicos.

Del Proceso, C. G. Ley 1564 de 2012. In Congreso De La Republica de Colombia, Art (Vol. 422).

Congreso de la Republica de Colombia. (2013) Ley 1676

Congreso de la República. (29 de octubre de 1982). Decreto 2029 de 1982

Congreso de la República. (26 de septiembre de 1988). Decreto Reglamentario 1981 de 1988.

Departamento Nacional de Planeación. (28 de noviembre de 2005). Documento Conpes 3399.

Presidencia de la República (17 de noviembre de 2008). Decreto de Estado de Emergencia 4333 de 2008.

Presidente de la República (17 de noviembre de 2008). Decreto Legislativo 4334 de 2008.

Presidencia de la República (17 de noviembre de 2008). Decreto Reglamentario 1910 de 2009.

Presidencia de la República (26 de mayo de 2015). Decreto Único Reglamentario 1086 de 2015.

Presidencia de la República (4 de noviembre de 2015) Decreto 2130 de 2015.

### **Proyectos de Ley**

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 200 de 2012. Exposición de Motivos. Bogotá, 2012.