

Las medidas cautelares innominadas en la legislación Colombiana *Precautionary Measures innominates in Colombian legislation*

Ingrid Katherine Segura Ravelo
Laura María Villamil Moreno
ingrid.segurar@campusucc.edu.co
laura.villamilmo@campusucc.edu.co
Universidad Cooperativa de Colombia

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9258>

Fecha de recibido: noviembre de 2019 / Fecha de aprobación: diciembre de 2019

Resumen

En el precedente normativo de la legislación procesal colombiana se encuentra en el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares de embargo y secuestro, estas eran los principales mecanismos que aseguraban la pretensión. Con la puesta en vigencia del Código General del Proceso nacen las medidas cautelares innominadas, estipuladas en el artículo 590 en su literal C del cuerpo legal en comento. Es notable un avance legislativo en materia procesal, ya que se le da la facultad al Juez para que a petición de parte decreta medidas diversas a las ya estipuladas para procesos declarativos. De ello suscita la siguiente interrogante ¿Cuál es la importancia procesal de las medidas cautelares innominadas en la legislación colombiana? El objetivo radica en identificar la utilidad de su regulación y qué elementos el juez debe tener en cuenta al momento de realizar el decreto de la medida innominada, sin que en algún momento llegue a ser arbitraria y hacer más gravosa la situación del demandado, e incluso se le vean vulnerados derechos.

Palabras Clave

Medidas cautelares / Innominadas / Proceso

Abstract

In the normative precedent of Colombian procedural legislation is found in the fourth book of the Code of Civil Procedure, the precautionary measures of seizure and kidnapping, these were the main mechanisms that ensured the claim. With the entry into force of the General Code of the Process, the unnamed precautionary measures are established, stipulated in article 590 in its literal C of the legal body in comment. A legislative advance in procedural matters is notable, since the Judge is empowered to decree, at the request of the party, decree measures other than those already stipulated for declaratory processes. This raises the following question: What is the procedural importance of the precautionary measures unnamed in Colombian legislation? The objective is to identify the usefulness of its regulation and what elements the judge must take into account when making the decree of the unnamed measure, without at some time becoming arbitrary and making the situation of the claim more burdensome, and even You are violated rights.

Key words

Precautionary measures / Innominated / Process



Tabla de contenido

Introducción. 1. Origen de sus Medidas Cautelares en el Derecho colombiano. 1.1. Clasificación de las medidas cautelares. 2. Las Medidas Cautelares Innominadas. 2.1. Oportunidad para solicitar las medidas cautelares innominadas. 3. Las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General Del Proceso. 3.1. Requisitos para decretar la medida cautelar innominada. 3.1.1. El Buen Derecho. 3.1.2. La Necesidad. 3.1.3. La Efectividad. 3.1.4. La Proporcionalidad. 3.1.5. Ejercicio Intelectual. 4. Las Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 5. Medidas cautelares Innominadas en materia Laboral. 6. Aportes jurisprudenciales. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción

El eje problemático, parte de lo establecido por la norma procesal, ya que enuncia, que el Juez puede decretar otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del Derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (*Código General del Proceso*, 2015, art. 590 literal C numeral 1).

De ello suscita la siguiente interrogante ¿Cuál es la utilidad e importancia del reconocimiento de las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso? El objetivo radica en identificar los elementos que el juez debe tener en cuenta al momento de realizar el decreto de la medida innominada y la utilidad que ha tenido esta, sin que en algún momento llegue a ser arbitraria y hacer más gravosa la situación del demandante, e incluso se le vean vulnerados derechos, a diferencias de las medidas taxativas que establece la norma procesal vigente.

La naturaleza preservadora de la efectividad del Derecho de las medidas cautelares, hace que estas se vuelvan un interesante objeto de estudio, puesto que tiene una vital importancia, en especial para materializar la decisión que el Juez profiera, dado que, en palabras de la Corte Constitucional a través de Sentencia C-379 de 2004, son las medidas cautelares las que: “buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados”.

Por lo anterior se hace necesario establecer una adecuada estructura de estudio, a partir de la aplicación del método inductivo y analítico sintético en busca de resolver las interrogantes inicialmente planteada, en donde en un primer momento se analizarán las medidas cautelares, sus orígenes y desarrollos, con la intención de entender la necesidad que dio inicio a su creación y aplicación en los procesos judiciales; en un segundo momento se ampliará el análisis, al objeto de esta investigación, las medidas cautelares innominadas, indagando minuciosamente sobre esta figura jurídica y su utilidad procesal, para culminar con el examen de la legislación patria frente al método de Derecho comparado con otras legislaciones latinoamericanas para determinar las adecuaciones necesarias al Código General del Proceso y obtener la respuesta a pregunta planteada.

Todo lo precedente será posible a través de la consulta de diversas posturas doctrinarias de autores que han creado conocimiento científico en torno al tema abordado para construir argumentos propios que permitan alcanzar los objetivos de la presente investigación.

Atendiendo que la presente investigación es teórica con enfoque cualitativo, el método a utilizar es analítico-sintético siendo que se pretende dividir el objeto de estudio que gira alrededor del tema de investigación para posteriormente integrarlo en uno solo y dar respuesta a la complejidad de las medidas contractuales innominadas; de igual forma se aplicará una metodología de orden teórico, por medio de la cual se realizara la recolección de datos, específicamente, documentos bibliográficos, jurisprudencia, legislaciones, principios generales del Derecho, etc., a través del fichaje y clasificación de la información; todo relacionado al tema para adoptar posiciones y crear nuevas tendencias entorno al tópico planteado en el Derecho positivo colombiano.

I. Origen de sus Medidas Cautelares en el Derecho colombiano

En Colombia, la Corte Constitucional, considera que las medidas cautelares, 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. De esa manera el ordenamiento resguarda preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (Sentencia C-379, 2004).

El origen de las medidas cautelares se remonta al Derecho Romano, y aunque no se denominaban exactamente así, si tenían la misma finalidad. El primer ejemplo que se tiene acerca de estos procesos es *La Pignoris Capio*, la cual consistía en la toma de determinados bienes por parte del acreedor como garantía de que el deudor saldaría su deuda con el susodicho, era una acción lícita que permitía a los acreedores asegurar el pago por parte de sus deudores, también era muy usada en Roma, en cuanto a los créditos públicos y los impuestos. Tal y como lo explican Díaz y Blanco (2016), *La Pignoris Capio* era una garantía de pago, que consentía una autotutela por parte de los acreedores, en especial en materia tributaria en la antigua Roma.

Luego de entender que, no bastaba sólo con la acción de tomar posesión del bien ya que esto no era del todo completo, decidieron implementar el procedimiento del formulario; en el cual el magistrado en presencia y con ayuda de ambas partes redactaba un documento en el cual se estipulaba todo lo sucedido y los bienes que serían tomados. Todo esto con el fin de que sea un juez quién decida la cuestión, otorgándole absoluta autoridad sobre el caso, pudiendo así condenar al demandado para que pagase la deuda de la cual era acreedor y de este modo recuperar el bien.

Cuando se efectuaba dicho contrato, el acreedor se hacía responsable del bien y se comprometía a no enajenar, deteriorar, ni destruir el bien poseído, todo esto con el fin

de que al ser devuelto se encontrase de igual modo a cuando se realizó la contención. Tal y como en las medidas cautelares preventivas actuales (Morales, 2018).

Situándonos en el contexto del Derecho Español se debe hablar acerca del Rey Alfonso, quien estableció Las Siete Partidas, donde la tercera hacía referencias a toda la normatividad de materia procesal, entre ellas; las medidas cautelares, aunque no tenían este nombre ni el desarrollo que existe actualmente. (Torres, Calonge & Galván 2007). Se establecía en esta Tercer partida acerca de lo que se denomina en la actualidad "secuestro de la cosa litigosa", donde se instituía que, si el demandado enajenaba el bien después del emplazamiento, la enajenación era nula, por consiguiente, el comprador perdería el precio pagado de la misma, siempre y cuando fuese ignaro de que existía una demanda.

Para hablar del siguiente punto relevante en el contexto histórico de las medidas cautelares es preciso situarse en América Latina, específicamente en Venezuela. El primer Código Procesal Venezolano se dictó en 1836 y consigo trajo múltiples avances, pero sin duda alguna, varios de los más importantes estuvieron en el título denominado como "De las Incidencias" ya que establecía la cesión de bienes, el secuestro judicial, las excepciones dilatorias, la recusación de funcionarios. Todo esto sirvió como base para comprender las futuras medidas cautelares o preventivas y adecuar la legislación procesal (Morales, 2018).

En una oportunidad la Corte Constitucional en Sentencia C-054 de 1997 hace mención de esta institución:

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

Piero Calamandrei (2017) las define en cuanto a su función, quien menciona que las mismas nacen de una relación establecida en 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." (p. 4).

Así, es preciso destacar las características de las medidas cautelares, en torno a la investigación desarrollada. Se descubre que son muy amplias y para objeto del estudio es preciso delimitar las mismas, es necesario mencionar que pueden ser observadas desde el punto de vista sustancial y material, entendiéndose que en primer lugar se habla de una figura de creación legal, lo que quiere decir que su aplicación y procedimiento debe estar fijada por el legislador, en segundo lugar entendemos que es el legislador quien establece en qué casos son procedentes las medidas cautelares esto según la incidencia que se presente según la materia que sea el caso.

Otras de las características es que son temporales, quiere decir esto que tienen una vida limitada en el tiempo, siendo así que las medidas perduran en el tiempo siempre y cuando existan los factores que la motivaron aclarando, nuevamente, que solo pueden ser aplicadas estrictamente para garantizar la seguridad.

Se reitera que en materia sustancial son medidas instrumentales, lo que quiere decir que dentro de un proceso son un instrumento que tutela de manera mediata y contribuye a garantizar anticipadamente el eficaz funcionamiento de la justicia y tiene por objeto garantizar la efectividad de la sentencia (Aguirre, 2016).

1.1. Clasificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen una clasificación extensa, sin embargo, se esbozara alguna de ellas. En primer lugar cuando se habla de que la medida recae sobre la persona se denominan medidas cautelares personales; en el evento en que la medida ya no recaiga en la persona y pase a recaer sobre el patrimonio de la persona se denominan medidas cautelares patrimoniales; se encuentran también aquellas medidas que suspenden temporalmente la autonomía de la voluntad, estas se denominan medidas cautelares sobre actos jurídicos; están aquellas medidas que se encuentran expresadas en la ley, llamadas medidas cautelares nominadas; existen aquellas medidas que no están contempladas en la ley, denominadas medidas cautelares innominadas estas medidas son el objeto de estudio del semillero; también existen aquellas medidas que tienen como objeto asegurar una expectativa o un derecho futuro, las cuales se conocen como medidas cautelares conservativas; y por último, aquellas medidas las cuales realizan una modificación a la situación jurídica, las cuales se denominan medidas cautelares innominadas (Mesa, 2018).

2. Las Medidas Cautelares Innominadas

Existe un referente normativo, en el libro cuarto del derogado Código de Procedimiento Civil, el cual establecía las medidas cautelares de embargo y secuestro, eran los principales mecanismos que aseguraban la pretensión, el decreto y práctica de estas medidas estaban ligadas con el principio de taxatividad, lo que significa que el juez no podía llegar a dictar medidas cautelares diversas a las ya autorizadas o expresamente indicadas.

Con la vigencia del Código General del Proceso (2012) nace para todas las áreas del derecho las medidas cautelares innominadas, las cuales se encuentran estipuladas en el artículo 590 del código general del proceso en su literal C, en concordancia con el artículo anteriormente citado se nota un avance legal en materia procesal, ya que se le da la facultad al juez para que a petición de parte decreta medidas diversas a las ya estipuladas, siempre que se logre demostrar que respeta el principio del buen derecho, es decir que no busca hacer más gravosa la situación del demandado.

Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud a que tal derecho comprende

no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivo (Riaño, 2014).

2.1. Oportunidad para solicitar las Medidas Cautelares Innominadas

Es importante saber en qué oportunidad puede solicitarse y decretarse las medidas cautelares innominadas, para esto se debe tomarse en cuenta lo indicado por Parra Quijano (2013) quien establece tres puntos importantes:

En primera medida en la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar la medida cautelar, así mismo demandante debe indicar cuál es la medida cautelar que solicita, y como el juez debe tener en cuenta, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, si considera pertinente tomar una medida, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada (p. 317).

Si bien es cierto, la parte puede solicitar la medida cautelar innominada, pero el Juez es quien tiene la facultad para decretar dicha medida, es por ello que es de vital importancia lograr identificar y comprender que es lo que el Juez tiene en cuenta al momento de establecer dicha medida. En primera medida el Judicial debe observar la legitimación o interés para actuar de las partes. Como segunda medida debe identificar o apreciar la existencia efectiva de la vulneración o de la amenaza del Derecho; también estará a la mira de la llamada *fumus boni juris* lo que quiere decir apariencia en buen derecho: “siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado” (Parra Quijano, 2013, p. 309).

3. Las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso

El Código General del Proceso, dentro de sus principales novedades trae consigo la incorporación de las medidas cautelares innominadas, una clara distinción entre el antiguo y ya derogado Código de Procedimiento Civil, el cual como lo afirma Cabrera (2014) solo traía una medida cautelar innominada que era la inscripción de la demanda y aplicaba en ciertos casos, esto dejaba limitado el concepto de las medidas cautelares innominadas en el tiempo en que duro en vigencia el Código de Procedimiento Civil.

Con la llegada del Código General del Proceso, el concepto de las medidas cautelares innominadas se amplía, pero este a su vez se limita a la razonabilidad del juez en cuanto a decretarlas, de hecho, acerca de las medidas cautelares innominadas, se puede afirmar que la piedra angular es el Juez en cuanto que, debe entrar a evaluar muchos aspectos para decretarlas y no cometer un abuso del derecho frente a la parte contraria.

En concordancia con lo anterior, el artículo 590 del *Código General del Proceso* (2012), determina una serie de factores fundamentales en donde el Juzgador debe ser muy activo en cuanto al proceso de aplicar las medidas cautelares innominadas, partiendo de que él debe determinar que haya la apariencia del buen derecho, la necesidad de decretar la medida cautelar, la efectividad de la misma, apreciar la legitimación de las partes para solicitar dichas medidas y, adicionalmente, debe decretarlas siempre y cuando encuentre dicha acción razonable para proteger el objeto del litigio.

Sin duda el artículo 590 de ley procesal, impone una carga intelectual mayor al Juez, al momento de decretar las medidas cautelares innominadas en los procesos de los cuales él tenga conocimiento, efectivamente, implica un grado más elevado de análisis jurídico con el fin de no extralimitarse por haber aceptado una medida cautelar innominada erradamente.

Lo anterior ha generado un fenómeno interesante en cuanto a que los jueces prefieren no decretar con facilidad las medidas cautelares innominadas que las partes le solicitan, tal y como se ve evidenciado en el trabajo de campo realizado por Cardona et al., (2015) en donde a la fecha más del 90% de los jueces manifestó que no habían decretado nunca una medida cautelar innominada, dicho estudio se realizó basado en encuestas en donde se le indagaban a los funcionarios sobre el conocimiento que poseían sobre las medidas cautelares innominadas y que tanto las han practicado, dicho estudio se efectuó en tres ciudades, Bogotá, Síncelejo y Tunja.

3.1. Requisitos para decretar la medida cautelar innominada

3.1.1. El Buen Derecho

Según Girón (2014) “La apariencia del buen Derecho se traduce en un estudio previo de la cuestión planteada para realizar un juicio de probabilidad sobre la procedencia de lo solicitado” (p. 32). Es decir, la apariencia del Buen Derecho se remite a un análisis jurídico profundo en donde se evalúa la procedencia en caso de decretar determinada medida cautelar.

Al tenor del artículo 590 se afirma que, en el caso concreto de las medidas cautelares, la apariencia del Buen Derecho es un requisito de procedibilidad, necesario para poder ser decretadas dichas medidas y dicho requisito, impone cargas tanto al juez como a la parte que está solicitando la o las medidas cautelares innominadas.

Por parte del Judicial, implica que antes de decretar una medida cautelar innominada este debe hacer un análisis profundo, en donde evalúe los resultados de decretar y que se ejecute la medida que se le está solicitando, para determinar esto tendrá que remitirse a los principios constitucionales, puesto que, ellos son los rectores del ordenamiento jurídico interno y contrastando los efectos de la medida con cada uno de los principios, determinar si es viable o no, teniendo en cuenta que la medida está orientada no a hacer más gravosa la situación de la otra parte, sino a salvaguardar el objeto del litigio.

La importancia de apreciar el Buen Derecho antes de decretar o negar una medida cautelar, es vital no solo en el entendido procesal, sino en un aspecto más filosófico, en cuanto a que salvaguarda el objeto del litigio y los derechos que giran en torno a este, adicionalmente, busca que las partes que decidan solicitar las medidas cautelares innominadas puedan hacer uso de su creatividad para solicitarles, formas para proteger sus intereses y que las sentencias puedan llegar a ser efectivas.

3.1.2. La Necesidad

No es un secreto que el desarrollo de los procesos requiere determinado tiempo, en ese tiempo en el que se está desarrollando el proceso, puede acontecer un sin número de hechos, los cuales pueden llegar a afectar el o los objetos del litigio y con esto afectar seriamente la efectividad de las sentencias judiciales.

Tal y como lo afirma Jinesta (2017): “Precisamente para evitar los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación derivados del tiempo necesario del proceso, la doctrina y el legislador idearon el instituto procesal de las medidas cautelares” (p. 4.).

En este punto la parte que solicita la medida cautelar, debe orientarse en dos aspectos para formularla adecuadamente, los cuales deben apuntar a responder las siguientes preguntas: ¿Puede estar en riesgo el objeto del litigio? ¿Qué mecanismo no convencional puede utilizarse para proteger el objeto del litigio?

Al estar en riesgo el objeto del litigio, la parte interesada está en todo su derecho de buscar una forma de resguardarlo, esto hace que las medidas cautelares tomen un papel relevante puesto que son la parte genérica del mecanismo ideado por el legislador para garantizar la efectividad de las sentencias y que de esta manera la parte que demanda pueda reparar los daños ocasionados y que se le reconozca el derecho por el cual acudió al aparato judicial.

Ahora bien, cuando se hace referencia a un mecanismo no convencional para proteger el objeto del litigio, quiere decir que se utilizara otro recurso diferente a la inscripción de la demanda y el embargo, es en este punto donde entran en juego las medidas cautelares innominadas, que retan la imaginación de las partes para diseñar las medidas necesarias para proteger sus intereses.

Es en este punto en donde quien solicita la medida cautelar deberá persuadir al Juez de la necesidad de que este decrete la medida, que buscará garantizar sus intereses en cuanto al objeto del litigio.

3.1.3. La Efectividad

Como ya se ha reiterado en varias oportunidades a lo largo de esta investigación, las medidas cautelares son aquellas que protegen el objeto del litigio y gracias a esa protección es que se podrá ejecutar la respectiva sentencia que se dará al final de todo el proceso.

Así mismo Rueda (2017) afirma: “sin duda las Medidas cautelares Innominadas permitirán la efectividad de los derechos que se pretenden en el marco de los procesos judiciales y ese precisamente será uno de los objetivos de cómo se configura este tipo de protección” (p. 47). Indiscutiblemente, el papel de las medidas cautelares en los procesos jurídicos tiene gran relevancia, por ser aquellos mecanismos que van a darle trascendencia a las sentencias judiciales, puesto que, sin el objeto del litigio, las sentencias solo se convierten en papeles inejecutables, que no tiene un real impacto.

En concordancia con lo anterior, el autor precitado resalta que la función de la de las medidas cautelares es “la efectividad y la lucha por no obtener sentencias para

enmarcar.” (p. 48), esta efectividad se da en la medida de que se logre conservar las cosas semejantes que al momento de presentar la demanda.

Así mismo, este autor habla de cómo las medidas cautelares típicas, en ocasiones no preservan el objeto del litigio. Por esta razón, es indispensable observar el caso en concreto para de esa forma determinar qué medida cautelar es la que realmente se puede solicitar con el fin de preservar la efectividad de la sentencia.

La efectividad de una medida cautelar se ve reflejada en el grado en que se pueda ejecutar la sentencia que se profiera al final del proceso judicial, si la medida cautelar es efectiva, va a salvaguardar el objeto del litigio lo cual permitirá que cuando exista una sentencia judicial en donde se le reconozcan determinados derechos a la parte actora, ésta podrá hacerlos valer y en ese punto cobra relevancia las medidas cautelares que se hayan solicitado, que el Juez haya decretado y, finalmente, en ese proceso las que se haya tramitado.

Precisamente, un último punto para asegurar la efectividad de las medidas cautelares y así mismo la ejecutoriedad de la sentencia, es vital que sean tramitadas, puesto que la carga de tramitar las medidas cautelares recae en la parte interesada (solicitante).

3.1.4. La Proporcionalidad

Al ser un principio que permea el Derecho, este no podía ser ajeno al tema de las medidas cautelares innominadas, por esta razón el mismo Código General del Proceso dentro de los elementos que debe tener en cuenta el Juez para decretar una medida innominada, hace referencia a la proporcionalidad, en ese sentido es necesario hacer una breve referencia de lo que es la proporcionalidad en el derecho.

Este principio y requisito permite que se evidencie la transparencia de las actuaciones judiciales, puesto que según Cala (2018) ese es el campo donde más se exalta la utilidad del principio de la proporcionalidad, puesto que los ordenamientos jurídicos suelen ser muy complejos, entonces se derivan conflictos entre los principios que lo integran.

En ese orden de ideas, puede observarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional está llena de sentencias en donde para resolver los casos en concreto se remiten al principio de proporcionalidad. En ese sentido, esta Corporación en Sentencia C-822-05, dentro del estudio de las intervenciones corporales, trae una orientación en cuanto a cómo determinar la proporcionalidad con respecto a cualquier medida que se decrete en el desarrollo de los procesos judiciales, afirmando lo siguiente: “Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad, esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos”.

Bajo este derrotero, se puede partir que para que la medida cautelar en materia civil, tenga la proporcionalidad, en su ejecución no debe violar los derechos de las personas, en concreto, no debe ir en contravía con los Derechos Fundamentales, que son de orden constitucional, puesto que si el Juez llegara a decretar una medida cautelar innominada que desborda el principio de la proporcionalidad, este estaría en contra de los mandatos

constitucionales y de los fines del Estado, lo cual significaría una incoherencia si se recuerda que el juez imparte justicia en nombre del Estado.

De acuerdo a lo anterior, Varamendi citado por Suárez & Vallejo (2016) expresa que:

El juez, al controlar la decisión cautelar, deberá realizar un examen de proporcionalidad de la cautelar en sentido estricto. La medida debe ser proporcionada teniendo en cuenta los intereses en conflicto, los daños que pueda sufrir el demandante, los daños que pueda sufrir el demandado y los daños que puedan sufrir terceros. La medida cautelar proporcionada en sentido estricto no es más que la medida cautelar óptima (p. 150).

Este punto en definitiva requiere un gran análisis, por lo cual se va a contrastar la solicitud de la medida cautelar con un principio transversal del derecho, va a requerir un especial análisis jurídico, no solo por parte del juez, el cual decide si decreta o no la medida cautelar, sino también requiere el mismo esfuerzo de la parte que solicita la medida cautelar innominada ya que va a tener que diseñar una medida que bajo ninguna circunstancia llegue a vulnerar derechos fundamentales, para que desde este aspecto pueda exigir que se decrete la medida cautelar.

3.1.5. Ejercicio Intelectual

Para concluir esta temática, vale la pena subrayar que, tanto la solicitud de la medida cautelar innominada, como decretarla o negarla, requiere un estudio profundo, un análisis jurídico que como mínimo debe tener en cuenta la apariencia del Buen Derecho, la necesidad, la efectividad y la proporcionalidad, los cuales son aspectos que esta taxativamente enunciado en el artículo 590 del Código General del proceso.

Examinar y analizar cada uno de los ítems que establece la ley, permite que cuando se niegue, sea realmente porque no se observan los elementos esenciales que el legislador estableció, será primordial el papel activo de la parte interesada en que se decrete la medida cautelar innominada, demostrar que efectivamente su solicitud está dentro de lo establecido en la ley.

4. Las Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Las medidas cautelares innominadas, no solo se encuentran presentes en los procesos civiles, sino que también están presentes en la jurisdicción administrativa, es por esta razón que, para realizar un estudio objetivo de estas, vale la pena mencionar aspectos que también se pueden encontrar en los procesos contenciosos administrativos.

Si bien el proceso administrativo tiene una dinámica procesal diferente a la que se utiliza en el proceso civil, dentro de este también se encuentra la posibilidad de decretar medidas cautelares innominada, dicha posibilidad se introduce en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A), del que haremos referencia a lo largo del escrito por su sigla, el cual por medio del artículo 229 el cual establece que: “a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, **las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto**

del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”(negrita fuera de texto).

El hecho de que el Juez pueda decretar cualquier tipo de medida cautelar que considere necesaria para la protección del derecho es lo que jurídicamente hablando, permite que las medidas cautelares innominadas, surjan y se puedan materializar diferentes procesos en contra de la administración estatal, así como Rincón (2015) lo explica: “Tal afirmación constituye el fundamento legal de la aplicación de las medidas cautelares “innominadas” en el proceso contencioso administrativo” (p. 1).

En ese sentido vale la pena resaltar que las limitaciones para decretar dichas medidas cautelares, tanto en los procesos civiles, como en los procesos contenciosos administrativos, son las mismas, tal y como la jurisprudencia lo ha establecido.

En el caso de los procesos administrativos, las medidas cautelares surten un papel fundamental en cuanto a que, generalmente, en Colombia los procesos administrativos suelen ser muy demorados, y como se dijo anteriormente, la importancia de las medidas cautelares, radica en que estas están diseñadas para proteger el objeto del litigio mientras se desarrolla el proceso jurídico.

Por lo anterior, y en concordancia como lo afirman Jiménez *et al.* (2014) “si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico producto de la pasmosa lentitud operativa del sistema judicial, el panorama es desalentador en el proceso contencioso administrativo” (p.21). Las medidas cautelares, nominadas e innominadas, juegan un papel casi protagónico en cuanto a los procesos administrativos, a razón de la lentitud con la que se desarrollan dichos procesos, en cuanto a las medidas cautelares innominadas, tiene la particularidad de preservar el derecho objeto del litigio, mediante mecanismo diversos, adicionales a los que el artículo 230 del C.P.A.C.A. en su primera parte establece, puesto que en el último numeral de dicho artículo también se reafirma la posición de solicitar y ser decretadas las medidas cautelares innominadas.

5. Medidas cautelares Innominadas en materia Laboral

Las medidas cautelares en materia laboral no están descritas taxativamente, sin embargo, debe observarse lo indicado por el artículo 1 del *Código General del Proceso* (2012):

Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

Y, teniendo en cuenta el artículo 145 del *Código Sustantivo del Trabajo* (1950), en el evento en que no existan disposiciones especiales para el procedimiento laboral, se aplicaran normas análogas, es por ello que puede indicarse que las medidas cautelares innominadas en materia laboral son procedentes, esto mismo lo comparte Forero Silva (2017)

Las cautelares innominadas, que no han sido específicamente contempladas en las disposiciones legales, pueden concurrir con las que allí estén tasadas si estas son insuficientes para la efectividad del derecho material. Por lo tanto, es posible argumentar que son procedentes las medidas cautelares innominadas en los procesos laborales y de seguridad social (p. 28)

Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-379/2004 afirma que las medidas cautelares son “un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal” es por ello que las medidas cautelares innominadas en materia laboral se pueden solicitar, toda vez que se busca proteger de manera provisional la integridad de un derecho, pero es importante que al momento de solicitarlas no se busque hacer más gravosa la situación del demandado. Sumado a lo dicho en precedencia se encuentran en la Sentencia en C-490/2000 unos parámetros fundamentales para el decreto de la medida cautelar en materia laboral:

(i) haya la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (“periculum in mora”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o “contracautelas”, las cuáles están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas”.

6. Aportes jurisprudenciales

Es importante traer a colación los pronunciamientos de las Altas Cortes en materia de medidas cautelares innominadas, además de las que ya se han mencionado en líneas arriba. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC 2343-2014 citó apartes de las Memorias del Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal del año 2012 " y acotó que la medida impetrada se encontraba " dentro de aquellas descritas como innominadas por el artículo 590 del Código General del Proceso en su numeral I literal c) ", por cuanto consistía en ordenarle a la pétente abstenerse de "seguir arrendando el inmueble, o darlo en arrendamiento o en general arrendar cualquier espacio del mismo a terceras personas para evitar se continuaran causando perjuicios al propietario del inmueble".

En cuanto a casos de medidas cautelares se trae a colación la Sentencia del 8 de septiembre del 2017, del Consejo de Estado, el magistrado Gabriel Valbuena Hernández, analiza una solicitud de medida cautelar innominada sobre el Decreto 2552 de 2015, el cual reajustaba el salario mínimo y que para el demandante dicho reajuste no estaba de acuerdo con la realidad adquisitiva de la moneda colombiana para ese entonces, proceso que inicia el ciudadano Andrés Samper y otros, contra el Ministerio del Trabajo otro.

En dicho proceso los demandados solicitan la medida cautelar de que se deje sin efecto dicho Decreto, solicitud que es negada por lo cual llega el proceso al Consejo de Estado el cual hace un análisis de todos los requisitos que son necesarios para decretar las medidas cautelares innominadas y en ese orden de ideas, hace la siguiente salvedad: “El

juez puede adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, (...) relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda”

Cuando se hace el respectivo análisis, el Consejo de Estado encuentra que no es una medida cautelar necesaria, ni proporcional, puesto que dejar sin efecto el Decreto, traería consecuencias más gravosas para los trabajadores, por lo cual como no se logra sustentar la necesidad y proporcionalidad, la medida cautelar no se decreta.

Conclusiones

Si bien es cierto las medidas cautelares innominadas son una figura, relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, dado que su llegada fue con la Ley 1564 del 2012, Código General del Proceso, teniendo como objetivo garantizar la seguridad de la pretensión. Empero antes de entrar en vigencia se tenía que para decretar la medida cautelar el Juez debía regirse bajo el principio de taxatividad, es decir que, no podía decretar medidas cautelares diversas a las cuales ya estaban autorizadas por la ley. Gracias a esta nueva legislación procesal, se nota un gran avance en este campo, ya que se le da la facultad al Juez para decretar medidas cautelares que no estén taxativas en la ley; aclarando que aunque se le dé la libertad a las partes para solicitar medidas cautelares innominadas y al Juez para decretarlas, no deben salirse de los parámetros establecidos por la norma, verbigracia, la necesidad de la medida, el principio del buen derecho.

Lo anterior es de suma importancia, siendo que se habla de un gran precedente doctrinal en la historia de las medidas cautelares, entre ellas, las innominadas. Para la Corte Constitucional las medidas cautelares, indudablemente, son importantes ya que buscan proteger un derecho que se encuentra vulnerado o que puede llegar a ser vulnerado y garantizan el cumplimiento de decisiones que fueren a tomarse, es decir garantiza la ejecutoriedad de la sentencia. Con la ausencia de éstas, los fallos serían ilusorios por cuanto no se pueden asegurar los resultados en los casos que ameritan, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en las Sentencias C-379 de 2004 y C-054 de 1999.

Por lo anterior, las medidas cautelares son importantes para nuestra legislación colombiana ya que, como lo estudiamos, buscan proteger un derecho vulnerado o prevenir la vulneración del mismo, quiere decir esto que gracias a estas medidas se evitarían muchos fallos arbitrarios, incluso perjudiciales para las partes que en estos casos siempre es el demandado, claro que su importancia varía en el manejo que como profesionales se le dan a dichas medidas. Para ilustrar esta posición pensemos en el siguiente ejemplo:

Un arrendador de un local comercial que está pagando un canon de arrendamiento alto, se le empiezan a minimizar las ventas en razón de obras que se realizan en el sector y el arrendador habla con su arrendatario para que le haga una rebaja en el canon de arrendamiento mientras se superan las obras, a lo que el arrendador no accede y el arrendatario promueve un proceso de regulación de canon de arrendamiento, lo que significa que estamos ante un proceso de índole declarativo en donde el demandante puede demostrarle al juez la necesidad de reducir el canon de arrendamiento donde las medidas cautelares innominadas no existieran el denunciante debería seguir pagando la

canon de arrendamiento hasta la sentencia, gracias a la medida cautelar innominada previa caución el juez puede ordenar anticipadamente es decir se anticipa el falló, donde se considera que se va a bajar el canon de arrendamiento no a la suma pedida por el demandante, pero si una suma menor a la que venía pagando, indudablemente esta medida es muy útil para este arrendatario. En el evento en que la circunstancia que motivó la medida desaparece el canon de arrendamiento volver a su precio acordado inicialmente.

El decreto de las medidas cautelares innominadas puede evitar la vulneración de derechos y asegurar el resultado de una sentencia, claramente, esto puede lograrse si el jurista cumple con la tarea de demostrarle al Juez la necesidad de la medida, la efectividad de la misma y que con dicha medida no se busca hacer más gravosa la situación del demandado, es decir manifestar al juez que la solicitud respeta el principio del Buen Derecho.

Referencias Bibliográficas

- Aguirre, N. J. (2016). Medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos de autor y conexos en Colombia. *Revistas la Propiedad Inmaterial*, (22), 57-82.
- Cabrera, D. (2014). Estudio de las Medidas Cautelares Innominadas en Vigencia del Código General del Proceso. *IUSTA*, (40), 17-38.
- Cala, W. (2018). El principio de proporcionalidad en la justicia ordinaria y transicional. *Principia Iuris*, (30), 80-102.
- Cardona, S., Cortés, A. M., Díaz, F., Vesga, M. M., Ezqueda, R., & Gaviria, S. (2015). Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias. *Instituto Colombiano de Derecho procesal*, (42), 201-235.
- Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-subsección A. Sentencia T1001-03-25-000-2016-00019-00. (8 de septiembre de 2016). [M.P. Gabriel Valbuena Hernández] Recuperado de: https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2823/#search/jurisdiction:CO+content_type:2/medidas+cautelares+innominadas/WWW/vid/658121673
- Corte Constitucional (27 de abril de 2004) Sentencia C-379. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>
- Corte Constitucional (10 de agosto de 2005) Sentencia C-822/05. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia STC2343-2014. (27 de febrero 2014) [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona] Recuperado: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC2343-2014.pdf>
- Decreto Ley 2663 de 1951. Código Sustantivo del trabajo. Publicado en el *Diario Oficial* No. 27.622, del 7 de junio de 1951. Colombia.
- Díaz A. & Blanco P. (2016). Apuntes Sobre La Ejecución De Créditos Tributarios En Roma. *Revista General de Derecho Romano*, (26). Recuperado de: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/51864016/417726.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAPUNTES SOBRE LA EJECUCION DE CREDITOS T.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191117%2Fus-east-](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/51864016/417726.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAPUNTES%20SOBRE%20LA%20EJECUCION%20DE%20CREDITOS%20T.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191117%2Fus-east-)

1%2Fs3%2Faws4 request&X-Amz-Date=20191117T183814Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=fc865b5906346fdfa11b8d21f3661f6634d8e4fe1129a4137df5aaeccb189814

- Girón, R. (2014). En qué consiste la apariencia del buen Derecho. *Revista el Mundo del Abogado*, (182), 30-34.
- Jiménez, M., Rodríguez, F., Santos, E., Murillo, D., Hernández, G., Galindo, D., Rivera, C., Quintero, C., Quiroga, P., Reyes, Fanny, & Gonzalo, E. (2014). La medida cautelar innominada: antonomasia del acceso a la administración de justicia. *Derecho y Realidad*, 19-46. Recuperado de: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4555
- Jinesta, E. (2017). Medidas Cautelares. *Estudios de Derecho Público*, (1). Recuperado de https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2823/#/search/content_type:4/la+necesidad+en+las+medidas+cautelares/WWW/vid/692436233//section_4
- Mesa, M. A. (2018). *Las medidas cautelares innominadas y su relación con el principio de legalidad*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16182/1/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20Y%20SU%20RELACION%20CON%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20LEGALIDAD.pdf>
- Morales, A. (2018) *Medidas cautelares*. Recuperado de <https://m.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>
- Parra Quijano, J. (2013) *Medidas cautelares innominadas*. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>
- Quintero Tirado, M. (1974). *Introducción al estudio de las medidas preventivas*. Recuperado de: <https://m.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.
- Riaño, D. F. (2014). Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. *IUSTA*, (40). recuperado de: <file:///C:/Users/docentes.bog.UCC/Downloads/2458-7469-1-SM.pdf>
- Rincón, K. (2015). Medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo colombiano. *Revista Cultural Unilibre*, (1) Recuperado de: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4128
- Rueda, M. (2017). *Las medidas cautelares innominadas en la práctica de los juzgados civiles del circuito de Bogotá*. Recuperado de https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2823/#search/jurisdiction:CO+content_type:4/efectividad+de+las+medidas+cautelares+en+civil/WWW/vid/777442321
- Sacipa, N. (2017) *medidas cautelares innominadas en procesos laborales en Colombia*. Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/8739023/4.+Medidas.pdf/4f36b5d3-170e-4aa6-9ff9-211bf4039d17>
- Torres, J., Calonge, M. & Galván, C. (2007). *Las siete partidas*. Recuperado de https://www.unav.edu/documents/1807770/2776220/Siete_Partidas.pdf
- Suárez, M., & Vallejo, C. (2016). Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial. *IUSTA*, (46), 139-158.