

APROXIMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y A LAS MEDIDAS ANTICIPATORIAS*

Santiago Cardona Neira¹ / Ana María Cortés Tamayo²
 Felipe Andrés Díaz Alarcón³ / Juan Sebastián Gaviria Garlatti⁴
 Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda⁵ / María Margarita Vesga Benavides⁶
 Coordinador: Horacio Cruz Tejada⁷

ABSTRACT

The paper consists of four axes that analyze, by a deductive method, the unnamed precautionary measures and the anticipative measures under the actual state of art, in subject of civil procedure under the effects of the Process General Code. The first axis contains a theoretical framework where different legal and philosophical positions are

Recibido: septiembre 12 de 2014 - Aceptado: junio 07 de 2015

- * Artículo inédito.
Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, nivel pregrado, que se llevó a cabo en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado en Cartagena de Indias en el mes de septiembre de 2014, el cual quedó en el cuadro de honor del mismo. Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, dirigido por el profesor Horacio Cruz Tejada. Los autores de la ponencia agradecen a los doctores: Horacio Cruz Tejada, María del Socorro Rueda, José Fernando Sandoval y Jorge Forero Silva, por los valiosos aportes a las ideas desarrolladas en el texto.
- ¹ Estudiante de VIII semestre de Derecho en la Universidad de los Andes. Cursa la opción en Gobierno y Políticas Públicas en la misma universidad. Ha sido monitor del curso "Procedimientos" y "Derecho Público Administrativo."
- ² Estudiante de VIII semestre de Derecho en la Universidad de los Andes, opción en Emprendimiento Empresarial. Practicante de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, monitorea el curso "Argumentación en procesos civiles".

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES - RICARDO ANDRÉS RICARDO E. (PONENTE)

y se hace un recuento histórico de los proveimientos cautelares tanto en la tradición romano-germánica, como en el derecho nacional. El segundo eje surge de una preocupación sobre el empleo que los operadores jurídicos le han dado a los proveimientos cautelares, de allí nace una investigación cualitativa que busca encontrar las falencias en su implementación y hacer un diagnóstico sobre su uso. El tercer eje ilustra cómo estos proveimientos cautelares se han utilizado en varias especialidades de la jurisdicción, con el fin de buscar distintas lecciones que afinen su empleo en el procedimiento civil, bajo la aplicación del artículo 590 del CGP. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones, que pretenden ser una guía para los distintos actores del ordenamiento jurídico nacional.

Palabras clave: poder genérico cautelar, medidas cautelares innominadas, medidas anticipatorias, prejulgamiento, caución.

INTRODUCCIÓN.

Las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias, como manifestaciones del poder genérico cautelar, son objeto de amplios debates en cuanto a sus componentes teóricos y a sus presupuestos de aplicación en nuestro país. En vista de esto, se realizó un trabajo de campo para analizar las instituciones y cómo ellas están siendo aplicadas en el sistema judicial. De la investigación se desprende que varios actores de la justicia manifiestan su preocupación por el poco uso que esta institución ha tenido en el marco del Código General del Proceso (en adelante CGP), a pesar de ser considerada por muchos como una herramienta valiosa de aplicación de justicia material. Por ello, la ponencia defiende que la problemática de la falta de uso de las medidas cautelares innominadas por parte de los jueces puede ser solucionada tomando aspectos de la experiencia en el uso de estas medidas de otras especialidades de la jurisdicción y autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales. De acuerdo a lo anterior, nos propusimos realizar un aporte a la comunidad jurídica que permita a todos los intervinientes en la justicia tener mayor claridad en cuanto a los principales elementos de estas medidas, lograr aumentar las posibilidades de realizar un correcto uso de las mismas y, con ello, una mayor protección de la persona.

Para cumplir el citado objetivo, el presente escrito utilizará un método lógico-deductivo, partiendo de los aspectos más generales de la institución estudiada, hasta llegar a las problemáticas en su aplicación práctica. Es así como el trabajo se dividirá en dos grandes segmentos. Una primera parte teórica, en la que se expondrá de manera general el contenido dogmático de las figuras procesales de interés y se identificarán elementos sobre los que se

exposed, it propose a new vision of the object in the precautionary tutelage and a short historical approximation of the precautionary measures both in Roman-Germanic tradition as in national law is made. The second axis arises upon a concern about the usage that legal operators have given to the precautionary measures, thence a qualitative research that aims to find the flaws in its implementation and making a use diagnosis is born. The third axis shows how these precautionary measures have been used in different jurisdictions specialties, looking for different lessons that would improve its usage in civil procedure under the effects of the article 590 of CGP. Finally, we propose some conclusions that pretend to be a guide for the different legal actors in national legal system.

Keywords: general precautionary power, innominate precautionary measures, anticipative measures, prejjudgment, precautionary caution.

RESUMEN

El trabajo consta de cuatro ejes que analizan, por medio de un método deductivo, las medidas cautelares innominadas y las medidas anticipatorias bajo el estado del arte actual en materia del procedimiento civil bajo la vigencia del Código General del Proceso. El primer eje consta de un marco teórico en el que se exponen distintas posturas jurídico-filosóficas, se propone una nueva visión del objeto de la tutela cautelar

- ³ Estudiante de VIII semestre de Derecho en la Universidad de los Andes. Adelanta una opción en Historia y Economía de la misma universidad. Ha sido monitor del curso "Constitución y Democracia" y actualmente trabaja en el área de litigios de la firma Baker & McKenzie Colombia.
- ⁴ Estudiante de VIII semestre de Derecho en la Universidad de los Andes. Adelanta una opción en Filosofía en la misma universidad. Se ha desempeñado como monitor del curso "Introducción al Derecho", "Argumentación en procesos civiles" y "Pruebas" y actualmente trabaja en el grupo de jurisdicción societaria de la delegatura de procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.
- ⁵ Abogado de la Universidad de los Andes con opción en Gobierno y Políticas Públicas. Coordinador de la Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia de la misma universidad. Ponente del semillero de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Diplomado en "Código General del Proceso" de la Universidad del Rosario.
- ⁶ Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Universidad de los Andes, monitorea de la clase "Argumentación en procesos penales" y "Obligaciones I". Representante de la Universidad de los Andes en el concurso internacional ELSA Moot Court Competition on WTO Law 2015.
- ⁷ Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

APROXIMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

puede innovar junto con dos problemas principales propios de la concepción iusfilosófica del Derecho procesal y de las medidas cautelares. El primero de dichos problemas, es que los operadores jurídicos tienen un concepto clásico y formalista de lo que son estas figuras, ven su utilidad en asegurar la efectividad de la sentencia y se alejan de la protección efectiva de la persona. El segundo, es la existencia de una confusión dentro del ordenamiento jurídico entre las medidas cautelares innominadas y las anticipatorias. Las consecuencias de estas problemáticas encontradas, se evidencian en la falta de aplicación de estas instituciones.

En el segundo aparte del texto se encuentra la parte práctica del artículo, que comprende el trabajo de campo realizado mediante entrevistas a jueces civiles en distintas ciudades del país con el fin de conocer la manera como se entiende y se aplica el poder cautelar genérico y sus componentes. Frente al estudio, se encontraron preocupaciones que justificaron el análisis de varios escenarios en donde se aplican estas figuras, con el objetivo de extraer enseñanzas sobre el uso de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias. Por último, finalizaremos con algunas conclusiones que pretenden guiar a los operadores judiciales en su uso correcto, con el fin de que esta institución se utilice frecuentemente.

1. MARCO TEÓRICO.

Iniciaremos por realizar un sucinto recuento histórico de la figura de la medida cautelar en la tradición romano-germánica. Suele coincidir la doctrina en que esta institución encuentra su antecedente inmediato en el Derecho Romano, en figuras afectas a fines precautorios como los *interdicta* y el *cautio damni infecti*¹. Sin embargo, María Ulcín señala que, en realidad, los más cercanos vestigios de las medidas cautelares, en su evolución moderna, deben ubicarse en "el desarrollo de la doctrina germana hacia finales del siglo XIX"². Sirvió ello como punto de partida para que Lessona y Mortara expandieran el ámbito de aplicación más allá de los procesos ejecutivos. Luego, con la obra decantada de Calamandrei *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, se hablará de la "providencia cautelar y se estipulará claramente que la misma era aplicable tanto para preservar el objeto del proceso, como para la decisión anticipada sobre el fondo de la cuestión"³. Obsérvese, cómo Calamandrei inicia una teorización de las medidas cautelares y de las anticipatorias, que más adelante trabajaremos.

¹ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 586.

² ULCÍN, María Carlota. "Nociones fundamentales". *Tratado de las Medidas Cautelares*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. pp. 6-7.

³ *Ibidem*. p. 8.

Otros autores italianos del siglo XX, como Carnelutti, le atribuyeron una finalidad instrumental, como herramienta dispuesta para mantener la paz social, y una final, "para garantizar los resultados prácticos de la sentencia"⁴. Además de esto, el jurista sostiene que la eficacia de la providencia cautelar goza de una particularidad en razón a su duración: "[d]ada la finalidad del proceso cautelar, el proveimiento decisorio cautelar es (...) temporal o pasajero. A diferencia de la decisión jurisdiccional, la decisión cautelar tiene siempre un *dies ad quem*; cuando el vencimiento sobreviene, la eficacia se extingue"⁵.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia las ha definido como "[medidas] de carácter precautorio para evitar que las decisiones judiciales resulten ilusorias, es decir, con ellas se persigue evitar los perjuicios que puedan ocasionarse a las partes por la tardanza en la resolución definitiva del litigio"⁶. Por su parte, en la doctrina nacional, Hernán Fabio López las define "como un *acto jurisdiccional* por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso: asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez"⁷. Hoy, sin embargo, puede hablarse de un "desborde de los límites, de las medidas cautelares, poniendo en discusión si las nuevas formas de 'tutela diferenciada' y 'urgente', responden al formato cautelar o si acaso nos presentan un nuevo ámbito, que merece reglas y principios propios"⁸, y debemos cuidarnos de poner límites para no caer en el extremo de que se termine por sustituir el proceso ordinario⁹. Esto debido

⁴ Ibidem. p. 588.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA, 1944. pp.389-390.

⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Auto 0192. 5 de julio de 1996. MP: Pedro Lafont Pianetta. Exp. 61.31.

⁷ Hernando Morales Molina, de la misma forma sostiene que "[l]a acción de aseguramiento o cautelar es una forma singular de la tutela jurídica, (...) [que] se dirige a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, (...) o a anticipar las consecuencias de determinada resolución judicial para no hacerla baldía, evitando así el daño de la mora, para lo cual se crea un estado nuevo de hecho que facilite tal resultado y es lo que se denomina proceso cautelar innovativo". MORALES, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. 7ª ed. Parte general. Bogotá: Editorial ABC, 1978. p. 134.

⁸ LÓPEZ, Hernán. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 11ª ed. Tomo I. Bogotá: DUPRE Editores, 2012. p. 1092.

⁹ Ibidem. p. 9.

¹⁰ BERIZONCE, Roberto O. "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva". *En: XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (15: septiembre, 1996: Bogotá, Colombia). XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá D.C. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1996. p. 646.

a que en el Derecho contemporáneo hay una tendencia hacia la expansión del campo de acción y de los fines perseguidos por las medidas cautelares y a una superación de su concepción clásica.

1.1 PROPUESTA DE UNA NUEVA EPISTEMOLOGÍA DE LOS PROVEIMIENTOS CAUTELARES.

El objeto teleológico de las medidas cautelares a lo largo de su desarrollo, a fin de cuentas, es siempre la eficacia de la sentencia. Sin embargo, invitamos a acoger una posición nueva de la mano del iusfilósofo Arthur Kaufmann, quien se pregunta cuál debe ser el objeto del discurso de la justicia y de la teoría procesal contemporánea. "Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo *ontológico* y *procesal*. Eso que se busca solo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente como *noúmeno*, sino el hombre como *persona* (en sentido ontológico-relacional, no en sentido moral o antropológico), es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres y con las cosas"¹¹.

Se desprende de lo anterior que la dogmática procesal que se preocupa por teorizar el tema de las providencias cautelares, entendidas en sentido amplio y que comprenden entonces las medidas cautelares y las anticipatorias, debe partir de unos presupuestos epistemológicos distintos a los clásicos, a saber, el asegurar la eficacia de la sentencia entendida como objeto y como tema del discurso de la teoría procesal y partir en cambio de la *persona humana* como objeto y sujeto del discurso jurídico en su naturaleza de ser relacional. Véase cómo Calamandrei hablaba ya de *relación*, pero no entre la herramienta procesal y el hombre, sino entre la primera y la sentencia definitiva. Hoy, empero, con los nuevos y necesarios discursos de los derechos humanos como protagonistas de la justicia, esta debe ser superada por una gnoseología que se construya alrededor del hombre.

El punto de quiebre del Derecho contemporáneo se encuentra, en los derechos humanos que inspiran los Estados constitucionales de derecho así como los ordenamientos jurídicos internacionales. "Por eso ya había dicho Hegel que el mandamiento del Derecho es: 'Sed una persona y respetad a los otros como personas'"¹². Entonces se presenta el hombre como ser central que se relaciona con sus semejantes y con las cosas, eso debe verse reflejado en la epistemología de las providencias cautelares y, en general, de la teoría procesal. Por ello, debemos

¹¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Traducción de la 2ª edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 508.

¹² Ibidem. pp. 508-509.

tomarnos hacia un antropocentrismo jurídico donde el hombre sea entendido no en su sentido sustancial, sino como ser que se *relaciona*, para conciliar mejor los nuevos desafíos que pone la cosmovisión contemporánea, que tiende a poner en el centro de todas las instituciones el respeto de la dignidad del hombre como ser humano, como *persona*.

Por otro lado, la tendencia hacia la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho para ponerlas en función de los derechos fundamentales, así como su puesta en relación con el Derecho internacional, también hace que se vuelva imperativo un cambio en la construcción teórico-filosófica de sus distintas instituciones. Entonces, es necesario un re-pensamiento del Derecho, que parta de presupuestos diferentes y llegue, probablemente, a distintos postulados que satisfagan mejor las necesidades contemporáneas y sean más coherentes con la presente *Weltanschauung* (visión del mundo). En ocasiones, los postulados evolucionan antes que los presupuestos epistemológicos de los que parten, como está probablemente sucediendo con el discurso de las providencias cautelares. El más difundido uso de instrumentos tendientes a la más efectiva protección del *hombre*, como las medidas cautelares innominadas o las medidas anticipatorias, dan cuenta de ello.

Este cambio discursivo debe permear todos los campos del saber, no debe quedar ajeno a la teoría del Derecho procesal y, en particular, a la epistemología de los proveimientos cautelares. Cuando nos preguntemos entonces el *para qué* de estas instituciones, la respuesta no podrá referirse a la sentencia o a las decisiones judiciales en general, sino a cómo esas instituciones pueden proteger mejor al hombre en sus *relaciones*, materializadas en el respeto de la dignidad de sus semejantes en clave de los derechos humanos.

1.2 MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.

Tras exponer la nueva propuesta epistemológica detrás de las medidas cautelares y haber comprendido el trasfondo iusfilosófico que inspiró el desarrollo de las mismas, debemos continuar con la conceptualización en concreto de las medidas innominadas. En este sentido, distintos autores como Mabel de los Santos, en coordinación con Jorge Peyrano, definen la medida cautelar genérica como "el instituto procesal idóneo, de naturaleza cautelar, que tiene por objeto proteger tanto situaciones jurídico-materiales como circunstancias de peligro no contempladas en las medidas típicas o nominadas, con el objeto de evitar toda posible denegación de tutela judicial efectiva"¹³. Las medidas cautelares "innominadas" o "genéricas" surgen como respuesta a una limitación

¹³ PEYRANO, Jorge. *Medidas cautelares*. 1ª ed. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 575-576.

evidenciada en varios sistemas jurídicos mundiales, especialmente aquellos de tradición romano-germánica con ordenamientos procesales de corte garantista, donde el juez, como director del proceso, tiene más limitadas sus facultades al privilegiarse la taxatividad, el formalismo y la verdad procesal¹⁴, así, se encuentra imposibilitado para hacerle frente a situaciones fácticas no conjurables con las medidas cautelares nominadas.

De esta manera, las medidas cautelares innominadas juegan un importante rol en cuanto a la garantía del derecho fundamental al debido proceso y a su componente esencial de la tutela judicial efectiva. Por ello, torna especial trascendencia no solo la necesidad de acreditar la verosimilitud del derecho que se invoque (conocido como el *fumus boni iuris*)¹⁵, sino además el grado máximo del estándar de peligro en la demora (*periculum in mora*)¹⁶, como consumación de un perjuicio inminente o irreparable¹⁷.

1.2.1 Características.

De acuerdo con la doctrina, las principales características de estas medidas son¹⁸:

- **Instrumentalidad:** no surgen de manera independiente ni autónoma, la duración de la medida está ligada a la existencia del proceso mismo. En el caso colombiano, la Ley 256 de 1996 abrió la posibilidad de decretar medidas cautelares extraprocesales en las controversias sobre competencia desleal¹⁹, la cual fijó el término perentorio de diez días posteriores al decreto de las medidas para la presentación de la demanda, so pena del levantamiento de las mismas.
- **Provisionalidad:** su vigencia está íntimamente ligada a la existencia de las circunstancias que las originaron. El rechazo de esta medida no impide que se pueda decretar con posterioridad, siempre y cuando las razones por las cuales se rechazó sean corregidas.
- **Mutabilidad:** la medida puede ser objeto de cambios y modificaciones si no está cumpliendo la finalidad propuesta o causa perjuicios a las partes.

¹⁴ ARNAUDO, Daniel. *El garantismo procesal*. 1ª ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2011. p.4.

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. SU-913 de 2009. 11 de diciembre de 2009. MP: Juan Carlos Henao. T-2210489.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ ROJAS, Jorge A. *Sistemas Cautelares atípicos*. 1ª ed. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2009. p.169

¹⁸ EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas Cautelares*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 579-584.

¹⁹ Regulación complementada por el artículo 248 de la Decisión 486 de 2000 de la CAN

- **Se decretan inaudita parte:** se ordenan sin la necesidad de notificar a la contraparte.
- **Grado de apariencias, no de certeza:** el juez las decreta en virtud de los perjuicios que pueda llegar a sufrir la parte. Para evaluar la procedibilidad de la medida de acuerdo a su grado de convencimiento, el juez deberá contemplar el *fumus boni iuris*.
- **No producen los efectos de la cosa juzgada material:** debido a la mutabilidad que tienen las medidas cautelares innominadas no hacen tránsito a cosa juzgada.
- **No tienen incidencia directa sobre la relación procesal:** no interrumpen los plazos legales de caducidad y, además, no tienen necesariamente estrecha relación con la sentencia, pues esta puede tener un sentido distinto.
- **Son de ejecución inmediata:** se perfeccionan inmediatamente, antes de la notificación a la contraparte. Los recursos interpuestos contra el auto que las autorice se conceden en el efecto devolutivo, por lo tanto no se puede retrasar su cumplimiento²⁰.

1.2.2 Derecho foráneo.

Como es sabido, el poder cautelar genérico no es nada novedoso dentro de los ordenamientos procesales del mundo²¹. Italia, ya desde los años cuarenta del siglo pasado, contaba a través del artículo 700 de su Código de Procedimiento Civil con los *provvedimenti d'urgenza*, semejantes en su estructura a las medidas cautelares innominadas recientemente introducidas en el Derecho procesal civil colombiano. Situación similar ocurre con el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial argentino de 1981, el cual guarda semejanza con las compilaciones de procedimiento civil italiano y colombiano.

No obstante, desde nuestro concepto, el principal antecedente histórico de uso del poder cautelar genérico se materializó con la redacción del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en 1988. Dicha norma recogía “la moderna solución del derecho comparado respecto a la existencia de un derecho cautelar genérico del órgano jurisdiccional”²², y le daba al Tribunal (al igual lo

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), Julio 12 de 2012. Artículo 298.

²¹ Además de los ordenamientos citados más adelante en este texto ver: España. Jefatura del Estado. Ley de enjuiciamiento Civil. Ley 1 del 7 de enero de 2000. Artículo 727 y Uruguay. Senado y Cámara de Representantes en Asamblea General. Código General del Proceso de Uruguay. Ley 15.982. Artículo 317.

²² GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luis y VESCOVT, Enrique. *Exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 53.

permitió años después el CGP) la facultad de modificar la medida solicitada por la parte y reformar con posterioridad la decisión adoptada en cuanto a este tipo de medidas. En otros términos, es plausible evidenciar que el uso de medidas cautelares innominadas en Colombia no es producto del azar. Por el contrario, a través de la historia, hemos percibido la utilidad de esta institución que se da tanto en familias romano-germánicas, como de corte anglosajón²³ y que ha sido reconocida desde los años ochenta por sectores académicos de nuestro continente.

1.2.3 Recuento histórico de su aplicación en el sistema jurídico colombiano.

Es importante señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano la existencia de medidas cautelares innominadas tampoco es novedosa. Lo anterior, puede afirmarse al hacer un sucinto recuento histórico de algunas normas de corte sustancial que ha usado esta institución jurídica. Partimos desde su introducción a nuestro sistema judicial en el siglo XIX a través del Código Civil, el cual en su artículo 201²⁴ le permitía al juez, a petición de la mujer en los procesos de separación de bienes, tomar las providencias que estimara conducentes para la seguridad de los intereses de esta. Luego, con el artículo 76 del Código de Comercio de 1971 –derogado por la Ley 256 de 1996– permitía el poder cautelar genérico en los procesos de competencia desleal. *A fortiori*, en este mismo estatuto, la disposición 568 permite su uso en casos de patentes o de licencias. Ya a principios de la década de los noventa, se siguió haciendo uso de este tipo de medidas cautelares con la acción de tutela por medio del Decreto 2591 de 1991, continuando con la Ley 256 de 1996, que regula los actos de competencia desleal y la Ley 472 de 1998 en materia de acciones populares. Posteriormente, en la primera década del siglo XXI este tipo de figuras fue visto en normas como: la Decisión 486 de 2000 regulatoria del régimen de propiedad industrial, la Ley 1437 de 2011 (CPACA), la Ley 1438 de 2011 referente a las funciones jurisdiccionales de la Supersalud, la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) y, finalmente, en el CGP.

No obstante, la tradición jurídica colombiana se ha caracterizado por una tendencia hacia las medidas cautelares típicas y de contenido sustancial pecuniario. El desarrollo del Derecho internacional y constitucional de los

²³ Para más análisis ver la regla 65 de las *Federal rules of civil procedure* de los Estados Unidos.

²⁴ Hoy derogado tácitamente según la Corte Constitucional en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-829 de 2001. 8 de agosto de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Exp. No. D-3348.

últimos años ha posibilitado la aparición de la medida cautelar innominada y la anticipatoria, mejor encaminadas a la protección de los derechos fundamentales del hombre como centro del discurso de la justicia, pese a lo cual, en Colombia aún no se evidencia lo anterior. Consideramos necesario que la jurisprudencia y la legislación se pronuncien sobre el contenido sustantivo de las medidas.

1.3 MEDIDAS ANTICIPATORIAS.

Ahora bien, nos adentraremos en el estudio de las medidas anticipatorias como una categoría del poder genérico cautelar, para lo cual destacamos que estas gozan de autonomía conceptual. El análisis debe partir de una teoría genérica de la tutela cautelar, puesto que, desde su nacimiento, “la doctrina encerró toda tutela sumaria en los confines de la tutela cautelar”²⁵, sin que se diera algún tipo de “autonomía conceptual de la técnica anticipatoria teorizándola de forma indebida en términos de *acción, resolución o proceso cautelar*”²⁶.

Así entonces, el valor epistemológico de las medidas anticipatorias depende de lo ya expuesto acerca de las medidas cautelares innominadas. En este sentido, vale entender a las mismas bajo el concepto de tutela cautelar, sin que se asuma que ambas figuras son iguales.

La doctrina no ha sido pacífica al definir el concepto de medida anticipatoria. La dificultad gira en torno a que un amplio sector de la misma, como Calamandrei, sostiene que las medidas anticipatorias son una misma manifestación de la tutela cautelar y corresponden, simplemente, a una de sus clasificaciones. Otros autores, como Marinoni, destacan que las medidas anticipatorias gozan de amplias diferencias frente a la medida cautelar. Así, rescatan su contraste respecto de sus consecuencias jurídicas, como la obtención del “fin” jurisdiccional de la tutela del Derecho. Tras este contexto, es importante ahondar en cada una de las posiciones dogmáticas, en aras de concretar una definición dada la importancia que ha asumido esta figura en los distintos sistemas jurídicos.

1.3.1 Las medidas anticipatorias como expresión de la tutela cautelar.

Esta posición doctrinal fue la originaria desde que se concibieron las medidas anticipatorias. Autores como Güthe manifestaban que la tutela cautelar se concebía como una anticipación de la ejecución forzada. “En términos

²⁵ MITTIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la tutela anticipatoria*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 25-26.

²⁶ *Ibidem*. pp. 25-26.

sistemáticos, la doctrina alemana de 1877 negaba cualquier autonomía conceptual de la tutela cautelar, al no separarla de la actividad de ejecución. (...) Con ello se circunscribieron los juicios de cognición sumaria y la técnica anticipatoria en los dominios de la teoría de la tutela cautelar”²⁷.

Esta concepción se acogió posteriormente por la doctrina italiana, pero con algunas particularidades. Chiovenda, al basarse en la *teoría de la acción*, toma distancia de los doctrinantes alemanes y sitúa en otro lugar, distinto “al de las funciones de cognición y de ejecución, la función de actuación de la tutela jurídica en el proceso mediante resoluciones cautelares, así la concibe como una figura general”²⁸. Esta base conceptual fue el fundamento principal de Calamandrei, el cual, pese a que parte de los postulados de Chiovenda, se aleja del perfil sistemático que entiende el poder cautelar desde la acción y se centra entonces en “el perfil de la providencia [cautelar] en sí misma, que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales”²⁹. Así pues, Calamandrei comienza por distinguir el criterio de provisionalidad, con el que no percibe diferencia alguna entre la medida cautelar y aquella que denomina satisfactoria o anticipada. Por esto mismo, el autor concentra ambas medidas dentro del gran género de tutela cautelar, pues las dos “permiten alcanzar la que (...) es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cautelas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente pre-ordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”³⁰.

1.3.2 La tutela anticipatoria y su autonomía conceptual.

La posición que es expuesta en este segmento se aleja considerablemente de los doctrinantes alemanes e italianos, ya que, como explica Adolfo Rivas “pese a que ambas vertientes presentan presupuestos comunes o, por lo menos muy próximos, creemos en la existencia de elementos diferenciadores y en la conveniencia práctica de ponerlos de manifiesto como medio de contribuir a que se reconozca, acepte y aplique la especie anticipatoria como una manera válida de restitución del Derecho”³¹.

²⁷ *Ibidem*. pp. 26-27.

²⁸ *Ibidem*. p. 29.

²⁹ CALAMANDREI. Op. cit. pp. 31-32.

³⁰ *Ibidem*. p. 44.

³¹ RIVAS, Adolfo. “Medidas cautelares, la revolución procesal”. *Revista de Derecho procesal*. I. 1998. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni. p. 132.

En este sentido, el sector que reconoce en estas dos figuras autonomía conceptual es bastante amplio y diverso³². Rivas define las medidas anticipatorias como “pretensiones apuntadas a obtener el cese de la indisponibilidad del Derecho o en su caso a evitarla, cuando haya fundado peligro de frustración”³³. Así mismo, Aldo Bacre sostiene que es “una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del juez. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal”³⁴. Al entender la medida anticipatoria de la manera expuesta, explica Marinoni que esta surge de la auténtica preocupación por la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido en que con las medidas anticipatorias “se transformó [la tutela cautelar] en técnica de sumarización y en remedio contra la ineficacia del procedimiento ordinario”³⁵. Peyrano señala que “[l]os procesos cautelares, en ciertas ocasiones, no satisfacen adecuadamente las necesidades de respuesta inmediata requerida por los justiciables. (...) Parece entonces llegada la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente, sustantiva, no cautelar, vale decir, con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas”³⁶. Por consiguiente, “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”³⁷.

1.3.3 Características de las medidas anticipatorias.

Para efectos del presente escrito se tomará como referencia la definición del profesor Carbone sobre la medida anticipatoria

[La] que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada, total o parcialmente,

³² Especialmente ciertos sectores de la doctrina argentina, (a causa del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación). cfr. referencia Aldo Bacre, Roland Arazí, Jorge W. Peyrano. Del mismo modo, en España el maestro Fairen Guillen. En Venezuela, Aristides Rengel Romberg. En Uruguay, Eduardo Juan Couture.

³³ RIVAS. Op. cit. p. 132.

³⁴ BACRE, Aldo. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. 1ª ed. Buenos Aires: La Rocca, 2005. p. 586

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela anticipatoria”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 26. 2000. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. p. 177.

³⁶ PEYRANO, Jorge W. *La medida autosatisfactiva*. Citado por: Bacre, Aldo. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. 1ª ed. Buenos Aires: La Rocca, 2005. p. 576.

³⁷ *Ibidem*. p. 576.

el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o las particulares circunstancias del caso que impliquen un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente aportada, y de acuerdo con su criterio enuncional por considerarla más idónea para superar las consciencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios de la decisión sobre el mérito³⁸.

Se desprenden de todo ello tres características³⁹ para que se dé una medida anticipatoria: 1) que se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2) que su tutela inmediata sea imprescindible, y que en caso contrario la resolución judicial no produzca efecto alguno; y 3) que no exista la necesidad de tramitar un proceso de conocimiento autónomo, que pueda disponer las medidas de protección adecuadas.

1.3.4 Recuento histórico de las medidas anticipatorias en Colombia.

Gran parte de la legislación extranjera distingue explícitamente entre las medidas cautelares atípicas y las medidas anticipatorias. La normatividad de Chile⁴⁰, Brasil⁴¹ y Uruguay⁴² da cuenta de ello. Incluso, el Código Modelo para Iberoamérica⁴³ también hace esta distinción y aclara la autonomía conceptual de cada una de las respectivas figuras. A pesar de esto, la legislación patria ha optado históricamente por no hacer explícita esta diferenciación. De la textura abierta de las normas en las que están consagradas podemos deducir su existencia y aplicación por parte de los funcionarios judiciales y, hacemos la salvedad de que esta distinción sí se encuentra presente en el artículo 230 del CPACA.

Las medidas anticipatorias comenzaron a tener relevancia en Colombia durante el siglo XIX, con el Código Civil. Cabe destacar, por ejemplo, el artículo

³⁸ CARBONE, Carlos A. *Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)*. Santa. Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni, 2000. p. 92

³⁹ BACRE. Op. cit. p. 593.

⁴⁰ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código de Procedimiento Civil (L. 1552). 29 de agosto de 1902, art. 684.

⁴¹ BRASIL. CONGRESO NACIONAL. Código de Processo Civil (L. 5.869). 11 de enero de 1973, art. 273.

⁴² Uruguay. Senado y Cámara de Representantes en Asamblea General. Código General del Proceso (L. 15.982). 18 de octubre de 1988, art. 317.1.

⁴³ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código procesal civil modelo para Iberoamérica*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 1988, art. 280.

959⁴⁴ que, ante un eventual proceso de restitución de tenencia, le permite al actor pedir la anticipación de las pretensiones ante el grave deterioro de la calidad o avalúo del inmueble. Por otro lado, el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, que trata sobre las medidas provisionales en sede de acción de tutela, deja abierta la posibilidad de aplicar medidas anticipatorias que permiten al juez que ordene “lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”.

En este punto es importante recalcar dos cosas. La primera, es que la textura abierta de los artículos anteriormente reseñados nos permite deducir la posibilidad de que el funcionario judicial aplique las medidas anticipatorias. En segundo lugar, estas disposiciones que se han citado tienen en común que son medidas anticipatorias de carácter innominado, pues en virtud de la amplitud legislativa nombrada, no limitan al juez en la consecución de la medida anticipada pertinente. Pese a esto, encontramos que las medidas cautelares anticipadas también pueden ser nominadas. Ejemplo de ello, se encuentra en la Ley 23 de 1982, en su artículo 244: “El autor, el editor, el artista (...) pueden pedir a juez el secuestro preventivo (...)”. Nótese cómo la norma ofrece al operador jurídico una medida que puede solicitarse para que el juez, a fin de cuentas, acceda de manera anticipada a las pretensiones de cara a un proceso principal.

1.4 EL PODER CAUTELAR GENÉRICO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

Nos valdremos del CGP para describir el principal contenido de estas medidas y los requisitos exigidos para su solicitud y decreto, ello por ser esta la compilación normativa procesal más reciente. Como se destacó, los requisitos contenidos en el artículo 590, inciso 1, literal c del CGP guardan estrecha consonancia con sus homólogos de legislaciones como la uruguaya y la italiana, por lo que utilizaremos algunas consideraciones doctrinarias de dichas naciones para analizar las disposiciones contenidas en este estatuto procesal. Antes de iniciar la teorización de la norma, es importante aclarar que la doctrina es pacífica en aceptar que la norma incluye medidas cautelares innominadas, pero pocos se han referido a la existencia de medidas anticipatorias en la misma. Consideramos que, a raíz de la textura abierta del artículo, puede concluirse que el legislador dio vía libre a la aplicación de medidas anticipatorias. Encontramos además, que en la práctica, a pesar de las posibles confusiones conceptuales entre medida cautelar innominada y medida anticipatoria, distintos organismos con funciones jurisdiccionales les han dado aplicación indistintamente.

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil (L. 57 de 1887). 26 de mayo de 1873.

El primer aspecto a señalar consiste en que las medidas cautelares innominadas solo proceden para procesos declarativos. No obstante, no existe fundamento dogmático que justifique su aplicación restringida a las controversias de conocimiento. De hecho, puede llegarse a argüir que, a través de una apelación al derecho a la igualdad que cobija tanto a los litigantes inmersos en un trámite cognoscitivo como a los mismos en un proceso de ejecución, pueden aplicarse las medidas en ambos. En Colombia, esta materia es regulada de manera opuesta a los demás ordenamientos jurídicos de Latinoamérica, que reconocen el uso de medidas innominadas y anticipativas en ambos tipos de procesos⁴⁵.

Desde nuestra concepción, las medidas cautelares innominadas y las anticipatorias se ajustan para aquellas ejecuciones que versen sobre obligaciones de hacer o no hacer, donde las conductas del demandado pueden variar y salirse de los supuestos fáctico-jurídicos en los que encuadran las medidas cautelares típicas para este tipo de actuaciones procesales⁴⁶. Adicionalmente, la presencia de un título ejecutivo garantiza la existencia de un buen Derecho y de un peligro en la demora por el incumplimiento de la obligación objeto de litigio, lo que se deriva de la claridad y de la existencia del derecho ejecutado. En otras palabras, si el legislador permitió la utilización de las medidas objeto de análisis en esta ponencia para los procesos cognoscitivos donde el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* no es claro, ¿por qué no extender el uso de las mismas a las controversias ejecutivas tal como lo hace la mayoría de ordenamientos procesales latinoamericanos?

Para continuar con la teorización del poder cautelar genérico en Colombia, se observa que el CGP le ordena al juez que verifique la legitimación o el interés para actuar de las partes, lo que, en palabras de Hernán Fabio López, no se constituye en nada más que un “saludo a la bandera”, debido a que, si las partes ya están reconocidas en el proceso, esta es la única circunstancia que las habilita para invocar medidas cautelares⁴⁷. Posteriormente, la autoridad judicial deberá verificar la existencia de la amenaza o de la vulneración del derecho, el *fumus*

⁴⁵ Código Modelo para Iberoamérica, artículo 274; Código General del Proceso de Uruguay, artículo 311; Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina, artículo 232; Código de Procedimiento Civil de Brasil, artículo 798.

⁴⁶ Un ejemplo de lo explicado puede constatare en caso de un proceso ejecutivo por incumplimiento de una obligación de no hacer, donde el demandado construye una obra a pesar de la prohibición de ejecutar dicha conducta. En tal supuesto, una medida cautelar innominada de suspensión de la obra detendría el accionar del demandado y facilitaría, aún mejor que el embargo y el secuestro, la destrucción de la obra generadora del incumplimiento.

⁴⁷ LÓPEZ, Hernán. *Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, normas vigentes*. 1ª ed. Bogotá: Dupré Editores, 2013. p. 170.

boni iuris, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida. Al respecto el profesor Villamil Portilla ha afirmado que “[e]l CGP, en materia de medidas cautelares, expresa un sesgo *ius publicista*, en tanto, otorga un mayor poder al juez, lo cual se expresa de varias maneras en el artículo 590. Así, cuando el artículo se refiere a proporcionalidad, necesidad y utilidad, otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas”⁴⁸.

No obstante lo anterior, es necesario hacer algunas precisiones. Doctrinantes como Adolfo Rivas se han referido al contenido jurídico de la proporcionalidad y argumentan que “las medidas cautelares han de adaptarse a la naturaleza del derecho en juego y a la mejor manera de preservar el objetivo de cumplimiento del fallo eventual, sin excesos que causen perjuicio innecesario a quien deba soportarlas”⁴⁹. Así, la importancia de analizar la razonabilidad y la proporcionalidad no es superflua, pues desde nuestra concepción, estas palabras llenas de contenido jurídico tienen como fin principal evitar arbitrariedades y abusos de los operadores judiciales en cuanto al uso de este tipo de medidas cautelares, por eso, no debe menospreciarse su importancia al momento de justificar el decreto de las cautelares. Además de lo expuesto, el 590 del CGP faculta al juez para que decrete una medida menos gravosa en caso de considerarlo pertinente o que la modifique o sustituya.

Finalmente, este estatuto ordena que el demandante, en caso de solicitar el decreto de estas medidas, deba prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones de la demanda y reservarle a la autoridad judicial la potestad de fijar un monto superior o inferior. En cuanto a la posibilidad que tiene el juez de alterar el valor de la caución, Forero Silva sostiene que el monto de esta debe fijarlo el operador judicial de acuerdo a la verosimilitud del derecho o la buena apariencia del mismo, aumentando o disminuyendo el porcentaje del 20%, teniendo en cuenta la solidez de la pretensión cautelar⁵⁰.

2. TRABAJO DE CAMPO.

Como se sostuvo anteriormente, la preocupación principal que originó este texto fue la poca aplicación de las medidas cautelares innominadas por parte de las autoridades judiciales ordinarias, en el marco del CGP. Tal hallazgo

⁴⁸ VILLAMIL, Edgardo. “Algunos apuntes acerca de las cautelares en el Código General del Proceso”. *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 2012. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre de Colombia. p. 175.

⁴⁹ RIVAS, Adolfo. *Medidas Cautelares*. 1 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 52.

⁵⁰ FORERO, Jorge. *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1 ed. Bogotá: Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2014. p.27.

deriva de un trabajo de investigación, por medio de un método cualitativo que consta de entrevistas semiestructuradas. Estas fueron formuladas a un grupo focal de cuarenta y siete jueces civiles de tres ciudades del país (8 en Sincelajo, 12 en Tunja y 27 en Bogotá)⁵¹. Las ciudades fueron seleccionadas de acuerdo a su posición geográfica y cantidad de grupo poblacional, al tener contextos totalmente opuestos. La primera urbe escogida fue Bogotá, por ser la ciudad más poblada de Colombia y la más cercana al centro de producción normativa, la segunda fue Sincelajo, por tratarse de un municipio capital de ente territorial, de tamaño pequeño para el contexto colombiano (cerca de 250.000 habitantes) y situado lejanamente del centro de producción normativa y jurisprudencial de nuestro Estado. La tercera ciudad objeto de análisis fue Tunja, por ser un caso intermedio entre los dos anteriormente expuestos.

En las entrevistas se les preguntó inicialmente a los funcionarios judiciales: 1. ¿Conoce usted qué es una medida cautelar innominada? 2. ¿Ha utilizado hasta el momento en sus providencias dicho instrumento jurídico? 3. ¿Ha visto en algún momento de su ejercicio jurisdiccional la solicitud de medidas cautelares innominadas? A partir de estas preguntas los jueces entrevistados manifestaron algunas preocupaciones de las que pudimos extraer las siguientes conclusiones:

1. Más del 90% de los funcionarios judiciales entrevistados manifiesta nunca haber ordenado la práctica de una medida cautelar innominada o anticipativa (no fungiendo como juez constitucional), pese a los dos años de vigencia que lleva el artículo 590 del CGP. De acuerdo a tal hallazgo, la mayoría de jueces destaca que la solicitud por parte de los litigantes de este tipo de cautelares ha sido prácticamente nula.
2. Las pocas veces⁵² que han solicitado la aplicación del poder cautelar genérico, ha sido rechazada por no llenar los requisitos del artículo 590. Es decir, puede reflejarse un desconocimiento de la normatividad pertinente por parte de estos. Ejemplo de lo anterior, es que los peticionarios únicamente se han limitado a solicitarle al juez que: “decrete la medida que considere pertinente”, lo que es erróneo desde un punto de vista dogmático.
3. Es una preocupación generalizada de los jueces civiles⁵³ la amplitud de los criterios contenidos en el CGP para el uso del poder cautelar genérico, especialmente en cuanto a la fijación de la caución y el temor al prejuzgamiento.

⁵¹ Vale la pena mencionar, que por cuestiones de privacidad no se pueden publicar los nombres de los jueces ni las respuestas específicas de cada funcionario.

⁵² No más de tres solicitudes. Todas en la ciudad de Bogotá.

⁵³ GELSI BIDART, TORELLO y VESCOVI, Op. cit. p.33: “Recordemos por otra parte, como ya lo decía Calamandrei, que el problema práctico no ha sido el abuso de los poderes otorgados a los jueces por los nuevos códigos (se refería, naturalmente, a los de

4. Existe recelo frente a la fijación de la caución por dos motivos: el primero de ellos es el miedo a causar perjuicios a las partes por la fijación muy alta o muy baja de la misma, a pesar de la existencia de la regla del 20%; y el segundo, consiste en la poca conexión entre la citada regla y los eventuales perjuicios ocasionados al demandado.

5. Descubrimos un desconocimiento por parte de los actores jurídicos de los principios teóricos y prácticos tanto de las medidas cautelares innominadas como de las anticipatorias.

Al partir de estas conclusiones, se decidió enfocar la tercera parte de esta ponencia en la búsqueda, dentro de otros escenarios de aplicación de estas medidas, de herramientas que permitan solucionar los cuestionamientos diagnosticados y constituir así un aporte que brinde claridad a los actores que interactúan dentro del escenario de la justicia colombiana.

3. ESPECIALIDADES DE LA JURISDICCIÓN.

3.1. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS (SIC).

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en ejercicio de funciones jurisdiccionales decreta medidas innominadas desde la vigencia de la Ley 446 de 1998, gracias a la facultad otorgada por el artículo 31 de la Ley 256 de 1996. Adicionalmente, el artículo 590 del CGP dejó vigente la anterior norma, por lo que la SIC, a partir de octubre de 2012, aplica el artículo 590 armónicamente con el artículo 31. Muchas veces la SIC hace uso de la figura de medidas anticipatorias indistintamente de la medida innominada.

3.1.1 Prejuzgamiento.

Aldo Bacre define prejuzgamiento como la “anticipación del resultado del proceso, mediante la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes y futuras que aún no se hallan en estado de ser resueltas”⁵⁴. Este prejuzgamiento puede producirse también cuando el juez, por ejemplo, al decretar una medida cautelar, excede esos límites y califica la relación jurídica que constituye objeto de la sentencia, siendo suficiente que su decisión permita inferir la dirección lógica que tendrá el resultado de la controversia⁵⁵.

la primera mitad del siglo XX), sino justamente a lo contrario, esto es, a la resistencia de los jueces a utilizar efectivamente esos poderes”.

⁵⁴ BACRE, Op. cit. p. 106.

⁵⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, varios elementos previstos por el artículo 590 del CGP impiden el prejuzgamiento, ya que los jueces tienen la facultad de “disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”. Por medio de esta, el juez puede alterar su visión inicial conforme avance el proceso. La SIC la ha usado en algunos casos en los que, al perderse la apariencia de buen derecho, se torna necesario revocar o modificar la medida cautelar decretada. Un ejemplo de esta situación es el caso de Angelcom S.A. contra Recaudo Bogotá S.A.S. En este, Angelcom solicitó medidas cautelares innominadas contra Recaudo Bogotá. La SIC examinó varias pruebas sumarias aportadas por Angelcom que acreditaban la existencia de actos de descrédito por parte de Recaudo Bogotá⁵⁶ y ordenó a esta última abstenerse de realizar dichos actos. Posteriormente, la demandada solicitó el levantamiento de las medidas cautelares y la SIC accedió al cese pues, con las nuevas pruebas aportadas en el proceso, se perdió la apariencia de buen derecho. La actuación de la SIC en el presente caso puede demostrar la ausencia de prejuzgamiento, ya que la facultad del juez de modificar la medida, luego del ejercicio del derecho de contradicción, impide que el mismo se configure.

3.1.2 Caución.

En el marco jurídico colombiano se ha dispuesto la caución como un presupuesto de las cautelares. La finalidad de la caución es asegurar el pago del eventual perjuicio que podría resultar de la ejecución de las medidas cautelares. El CGP en el artículo 590, numeral 2 dispone el criterio del 20% del valor de las pretensiones como monto de dicha caución.

Como se expresó previamente, se encontraron dos problemas con el criterio establecido por el CGP. Al analizar la presente especialidad, encontramos un tercer problema que surge en el ámbito de la SIC, pues la regla establecida por el CGP no tiene en cuenta los eventos permitidos en los que puede solicitarse una medida cautelar previa a la presentación de la demanda. En estos casos, todavía no se conoce el valor de las pretensiones y el juez no tendría ningún criterio para decretar la caución. Como ejemplo de lo expuesto, cabe analizar el caso en el que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. solicitó una medida cautelar previa, donde la SIC fijó en cincuenta millones de pesos el monto de la caución. Sin embargo, una vez conocido el contenido de la demanda, se evidenció que las pretensiones se estimaron en un valor aproximado de treinta y siete mil millones de pesos, lo que demuestra que la

⁵⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 20644 del 24/07/2012.

caución fijada inicialmente no era armónica con las pretensiones que se fijaron con posterioridad⁵⁷.

En conclusión, la imprecisión en la estimación de la caución puede convertirse en un peligro para las partes, en un problema para la administración de justicia y, en concreto, para los jueces, ya que la norma se queda corta ante la infinita casística de la *praxis* procesal. Proponemos que se debe complementar el poder que tiene el juez de modificar la caución de oficio o a petición de parte, mediante la figura argentina de la "mejora de la contracautela"⁵⁸. Por medio de esta, el litigante no solo tiene la posibilidad de solicitar la modificación del monto de la caución, como lo faculta el CGP, sino también tiene el deber de aportar pruebas sumarias sobre el perjuicio que la medida cautelar le ha causado y, de esta manera, darle al juez una base objetiva para decretar el monto de la caución.

3.1.3 Desconocimiento de la institución.

La SIC al momento de decretar una medida cautelar ha dejado varias enseñanzas. En primer lugar, utiliza dos presupuestos tomados del artículo 31 de la Ley 256 de 1996: la legitimidad y la prueba suficiente de la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia. Frente al segundo, el peticionario debe demostrar "la afectación, actual o potencial, de sus intereses económicos como consecuencia de los actos que denuncia"⁵⁹. Para acreditar la afectación, debe aportarse "prueba suficiente, aunque ella tuviere la calidad de sumaria, que permita tener por comprobada la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia"⁶⁰. Estos presupuestos son analizados desde antes de la entrada en vigencia del artículo 590 del CGP teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad, efectividad, proporcionalidad y apariencia de buen derecho.

Es importante resaltar la labor de los litigantes en la utilización de las providencias cautelares dentro de la SIC, pues son ellos quienes se encargan de solicitar las medidas que más se ajusten a su caso. Así mismo, se encargan de aportar prueba suficiente, así sea sumaria, para demostrar el perjuicio que buscan evitar con la cautela, pues han existido casos en los que se han negado medidas cautelares por esta razón⁶¹.

⁵⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 32889 del 16/10/2013.

⁵⁸ ARGENTINA. PODER EJECUTIVO NACIONAL. Código Procesal Civil y Comercial (Ley 17.454). 18 de agosto de 1981. art. 201.

⁵⁹ COLOMBIA. SIC. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 26863 del 23/08/2013. Rad. 13-198658.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ COLOMBIA. SIC. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 29596 del 10/09/2013. Rad. 13211504.

Ahora bien, en lo referente a la apariencia de buen derecho, su aplicación puede tornarse excesivamente subjetiva. El ejemplo que se muestra a continuación da cuenta de cómo la valoración de la prueba realizada por un juez puede demostrar la existencia del *fumus boni iuris*, mientras que para otro, puede ser lo contrario. Aquí, FAB solicita medidas cautelares en contra de ARIEL, al considerar que uno de sus comerciales promocionaba su producto con medios desleales. En el caso bajo análisis, la SIC, por medio del Auto 17921 del 2013, consideró que el contenido de los comerciales difundidos era prueba sumaria suficiente para acreditar los actos de engaño producidos al consumidor y una comparación desleal⁶². No obstante, ante un recurso de apelación, el Tribunal Superior de Bogotá consideró que los comerciales no inducen a engaño a los consumidores ni tampoco efectúan una comparación desleal, razón por la cual no causan un perjuicio irremediable a la actora, como de forma errada lo adujo el *a quo*⁶³. Es por esto que el análisis riguroso de la apariencia de buen derecho es importante al existir casos en los que la prueba está abierta a interpretaciones.

3.2 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

3.2.1 Acción de tutela.

Para abordar el tema de las medidas cautelares innominadas y anticipadas en la acción de tutela, tendremos en cuenta dos figuras que consideramos relevantes: la acción de tutela como mecanismo transitorio y las medidas provisionales que dispone el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991. Con respecto a la primera, amplio sector de la doctrina ha sostenido que esta figura puede equipararse a las medidas cautelares anticipatorias, por lo que es importante analizar las consecuencias de esta comparación y las posibles implicaciones que puede traer la aplicación del artículo 590 del CGP para los procedimientos constitucionales. Por su parte, y refiriéndose a las medidas provisionales, Néstor Raúl Correa afirma que estas deben considerarse como medidas cautelares "innominadas y anticipatorias"⁶⁴. Lo anterior, al entender que el penúltimo inciso del artículo 7° *ibidem* deja abierta la posibilidad de que la medida provisional sea decretada por el juez sin apegarse a una lista taxativa de cautelares tipificadas⁶⁵. Así pues, se hace

⁶² COLOMBIA. SIC. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 17921 del 24 de junio de 2013. Rad. 13145061.

⁶³ COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Auto del 2 de octubre de 2013. MP: Martha Patricia Guzmán Álvarez. Rad. No. 2013-45061-01

⁶⁴ CORREA, Néstor Raúl. *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. 3ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2009. p. 173.

⁶⁵ Manifiesta la disposición que "en todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante".

relevante el análisis de esta jurisdicción al tener presente el uso que los jueces constitucionales dan a estas figuras, lo que permitirá extraer elementos que serán de gran ayuda en la aplicación de la figura que trae el artículo 590 del CGP.

3.2.1.1 Medidas provisionales como medida cautelar innominada.

Antes de comenzar con la exposición de este asunto, es importante hacer una primera aclaración. En la acción de tutela, el juez, por tratarse de derechos fundamentales, tiene a su disposición principios que lo dejan hacer una interpretación amplia de cada situación concreta, por lo que su acercamiento al proceso es distinto al que podría tener un juez civil. No obstante, frente a la preocupación acerca del prejuzgamiento, la experiencia que nos aporta el tratamiento de las medidas cautelares innominadas en sede de tutela es muy valiosa.

En primer lugar, los jueces de tutela aplican estas figuras en pro de la protección de los derechos fundamentales y no temen por esto al prejuzgamiento, pues con la posibilidad de reformarlas y adecuarlas no se incurre en este yerro, tal como lo establece el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991. En segundo lugar, en muchas ocasiones se ha evidenciado que el decreto de las medidas cautelares innominadas en sede de tutela no significa acceder a la pretensión. Ejemplo de ello se puede encontrar en el caso retratado en el Auto 035 de 2007, en el que se decreta la suspensión provisional de un proceso ante la Corte Suprema de Justicia. En este caso, el juzgador no está accediendo a las pretensiones del accionante de primera mano, pero sí considera necesaria la medida para evitar un perjuicio irremediable. La aplicación de estas figuras en sede de tutela nos enseña que anticipatorias e innominadas son conceptos con consecuencias procesales distintas, por lo que es importante que el juez civil entienda la diferencia para que sea del todo claro que con el decreto de medidas innominadas no siempre se anticipa o se accede a la pretensión.

3.2.1.2 Medidas provisionales en la acción de tutela como medida anticipatoria.

El hecho de que las medidas provisionales puedan anticipar las pretensiones que solicita el accionante en la demanda no significa *per se* un prejuzgamiento⁶⁶, esto debido a que, al decretarlas, apenas "se aprecia la situación jurídica y la verosimilitud del derecho de las partes, sin llegar a anticipar el criterio mediante

⁶⁶ La Honorable Corte Constitucional sostuvo que el decreto de una medida cautelar debe darse "sin que esto implique de manera alguna prejuzgamiento o se indique el sentido de la sentencia definitiva". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 035. 8 de febrero de 2007. MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1390902.

afirmaciones precisas que excedan el alcance de una conclusión provisoria"⁶⁷. Es decir que la "aceptación de medidas de seguridad no involucra prejuzgamiento, porque solo se pronuncia sobre la verosimilitud del derecho"⁶⁸.

Un sector de la doctrina, especialmente la italiana, considera que una medida anticipatoria (como se da en sede de tutela) podría constituir una figura anormal⁶⁹, pues "viene a configurar una excepción al principio *nulla executio sine titulo*"⁷⁰, tal como lo plantea Berizonce. Esto responde a la necesidad de un derecho procesal contemporáneo que permite asegurar en mejor medida el derecho en litigio y proteger la sentencia definitiva⁷¹. Berizonce menciona que "la técnica anticipatoria apunta apenas a distribuir el *onus* del tiempo del proceso. La posición del demandado siempre fue privilegiada por el procedimiento ordinario; aquel a menudo se vale de la demora del procedimiento en perjuicio del actor. De allí que la tutela anticipatoria sea utilizada para eliminar tales ventajas, a la vez que desincentiva el interés de la parte económicamente más fuerte en la evolución del proceso"⁷². En tutela, por ser este un procedimiento en donde se le da preponderancia a los derechos fundamentales y a la eficiencia del amparo, se termina por asegurar el principio procesal tal vez más importante en todo ordenamiento jurídico: la igualdad⁷³. De la misma forma, una distribución de la carga del tiempo del proceso, que en tutela es por regla general de 10 días, ha logrado evitar que eventualmente la parte fuerte juegue con la demora de los términos procesales al dilatarlos, agilice la justicia y contribuya así con el principio de eficacia procesal.

Un ejemplo que hace palpable las virtudes de las medidas provisionales como medida anticipatoria, se observa en el Auto del 8 de febrero de 2011, en el cual el accionante solicita que en un término de 24 horas se le realice un procedimiento quirúrgico y se le otorgue un microfibrador cardiaco. La Sala,

⁶⁷ BACRE. Op. cit. p. 107.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 108.

⁶⁹ MARINONI, Luis Guilherme. "La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso". En: *XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal* (21: 13-16, junio, 2001; San Juan, Argentina). [Online] [Citado el 11 de junio de 2014] Disponible en: http://www.academia.edu/1501571/La_necesidad_de_distribuir_la_carga_del_tiempo_nel_proceso_p_10

⁷⁰ BERIZONCE, Roberto O. *Tutela anticipada y definitiva*. 1996. Citado por: BACRE, Op. cit. p. 588.

⁷¹ MARINONI Op. cit. p. 4.

⁷² BACRE. Op. cit. p. 588.

⁷³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Julio 12 de 2012. Artículo 4.

para proteger el derecho a la salud, decide decretar la medida provisional, tal y como fue solicitada por el accionante⁷⁴.

3.2.1.3 Acción de tutela como mecanismo transitorio.

La acción de tutela puede llegar a entenderse como una manifestación del poder genérico cautelar, cuando procede como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable⁷⁵, a pesar de que puedan existir otros mecanismos para salvaguardar un determinado derecho.

Al respecto, el profesor Osvaldo Gozáni, al hablar sobre el amparo constitucional argentino, similar a la acción de tutela colombiana, sostiene que “[p] odrá decirse que los resultados anticipados o de ejecución inmediata no fueron producto del amparo sino de las medidas preventivas o anticipatorias que estaban en dicho juicio contenidas; pero lo cierto es, también, que el proceso constitucional permitió tramitar con la sola confrontación de la amenaza, y ante la ausencia de otra vía judicial más idónea, fue la vía pertinente para intentar la finalidad precautoria⁷⁶. La acción de tutela, cuando procede como mecanismo transitorio, puede entonces ser concebida como una medida anticipatoria, con la salvedad de que se trata de un proceso completo donde se dicta una sentencia que le pone fin al mismo, no sucede lo mismo con la medida anticipatoria *strictu sensu*.

En la Sentencia T-736 de 2013, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, amparó el derecho fundamental a la vida digna de una persona que habitaba en un predio enclavado, sobre el cual su vecino no le permitía el tránsito a la vía pública. Se observa que este caso podría tratarse por la justicia ordinaria, en aplicación de las normas sobre derechos reales del Código Civil. No obstante, la Corte Constitucional, al hacer uso del principio de conexidad, argumenta que al accionante se le estaban violando sus derechos a la vida digna y al mínimo vital, pues se trata de un sujeto de especial protección y, por consiguiente, está cubierto por un fuero de salvaguarda más amplio. La Corte en este caso concede de manera transitoria el amparo, tal como lo haría en sede de una medida anticipatoria, con el fin de prevenir un daño irremediable que hiciera nugatoria la

⁷⁴ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA. Sala Cuarta de decisión. Auto del 8 de febrero de 2011.

⁷⁵ OVALLE, José. “Tutela anticipada en el proceso civil iberoamericano”. En: XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (14-10-14, agosto, 1998: Brasilia, Brasil). [Online] [Citado el 11 de junio de 2014] Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/3/r3_9.pdf. p. 289.

⁷⁶ GOZÁNI. Op. cit. p. 615.

protección del derecho en momentos posteriores de los procesos que deberá el accionante adelantar ante el juez ordinario competente.

Se desprende de estos casos, que la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio depende de que no existan otros mecanismos judiciales idóneos para proteger cierto derecho. Antes de la entrada en vigencia del artículo 590 del CGP, la justicia ordinaria civil no disponía de mecanismos para abordar ciertas situaciones y garantizar la tutela jurisdiccional efectiva. Lo anterior, en virtud de que el juez únicamente podía decretar medidas cautelares taxativas, que de ninguna manera podrían abarcar todas las posibilidades ante las que el juzgador debe pronunciarse para proteger el derecho en litigio y asegurar la efectividad de la sentencia. En este sentido, al carecer la legislación procesal civil de herramientas para asegurar la protección de derechos en peligro, la acción de tutela como mecanismo transitorio, entendida en sentido teleológico como medida anticipatoria, era razonable y se configuraba como el mecanismo idóneo para abordar situaciones que se escapan a las medidas cautelares típicas. Al existir medidas anticipatorias en el CGP, debe replantearse la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, ya que puede afirmarse que hoy el juez civil cuenta con herramientas procesales idóneas para la protección de los derechos en litigio con lo que, *a fortiori causa*, descongestiona la justicia.

3.3 JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Vale la pena estudiar estas figuras en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues hay un debate sobre su existencia en el CPACA. Por un lado, hay quienes afirman que el código ya mencionado no contempla las medidas cautelares innominadas y que su aplicación se hace por remisión del artículo 306 *ejusdem* al CGP; mientras que por otro, hay quienes aseveran que el CPACA sí las consagra, puesto que el artículo 229 dicta que el juez o el magistrado ponente pueden decretar “las medidas cautelares que consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁷⁷”. Así, el artículo 230 establece una nominación taxativa, que permite que dentro de algunas de ellas quepa una extensa gama de posibilidades. En ese sentido, a nuestro juicio, los numerales 1 y 5 dan cabida a cautelas de carácter innominado.

En relación con las medidas anticipadas, la presente jurisdicción es novedosa, pues es la única en el ordenamiento colombiano que las consagra de forma expresa como un tipo de medidas cautelares. El artículo 230 establece que “las

⁷⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (L. 1437/2011). 18 de enero de 2011. art. 229.

medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión” y enumera aquellas medidas cautelares que es posible dictar⁷⁸. Tras constatar que en la presente especialidad están consagradas ambas figuras y “que por primera vez aparece ante los administrados un instrumento judicial idóneo para poder luchar con alguna posibilidad razonable de justicia contra el uso y el abuso de la Administración (...)”⁷⁹, queremos extraer elementos que sean pertinentes para la debida aplicación de la figura contenida en el artículo 590 del CGP para los procesos civiles, esto, al tener claro que en esta jurisdicción no existe un equilibrio entre las partes del proceso, a diferencia de lo que ocurre en civil.

3.3.1 Prejuzgamiento.

Ahora bien, el artículo 229 del CPACA establece que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto aclarando que:

(...) es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto, este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “prejuzgamiento” de la causa. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantiza que el juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia⁸⁰.

Dicha interpretación del Consejo de Estado es pertinente para darle aplicación a la figura del artículo 590 del CGP, ya que nos enseña que el decreto de una medida cautelar no implica prejuzgamiento, dado que está en una etapa previa en todo proceso, en la que el juez hace una valoración simple sin efectuar un análisis profundo de la *litis*. De ahí que se vuelva necesario que los litigantes efectúen una tarea probatoria ardua y juiciosa desde un primer momento para convencer al juez de la procedencia de la medida. “En esta etapa previa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción,

⁷⁸ ARBOLEDA, Enrique. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011*. 1ra ed. Bogotá: Legis, 2011. p. 340.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*. 3ra ed. Ampliada. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. p. 274.

⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 2014. CP: Guillermo Vargas Ayala. Rad. No. 11001-03-24-000-2013-00441-00.

quien es el único dueño del entendimiento, es decir, de la apariencia del buen derecho -*fumus bonis juris*- o la (sic) *periculum in mora*⁸¹.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido varios criterios que deben cumplir las medidas cautelares a la hora de ser decretadas, los cuales pueden resultar de utilidad para el juzgador ordinario civil: la instrumentalidad, la idoneidad y la proporcionalidad. Al respecto, dicha corporación ha afirmado que “la instrumentalidad alude a que las medidas cautelares existen por estar pendiente un proceso y dejan de tener razón de ser cuando este finaliza; la idoneidad versa sobre la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelar, es decir, que la medida ha de corresponderse con el objeto del proceso incoado o que se incoará; la proporcionalidad corresponde al mínimo sacrificio de los derechos del demandado, y por lo mismo, si son varias las medidas que se pueden acordar, debe adoptarse la menos perjudicial, e incluso si las circunstancias varían, deberá modificarse por una menos gravosa [...]”⁸². Por ello, los jueces no deben ser temerosos a la hora de decretar una medida como las que se estudian, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales.

3.3.2 Caucción.

Como requisito para el decreto de la medida, el CPACA no establece un criterio para determinar la caucción a diferencia de lo que ocurre en civil, así que el juez debe, a su arbitrio, determinar la modalidad, cuantía y demás condiciones de la misma, así como ofrecer alternativas de la caucción al solicitante⁸³. Sin embargo, “el tema de valorar los perjuicios cuando está de por medio el interés general es algo difícil⁸⁴, que puede tener implicaciones trascendentes y causar perjuicios desproporcionados a una de las partes, si la caucción es insuficiente. Dicha disposición permite reflexionar sobre los métodos para fijar caucción. Por un

⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00059-00, Rad. interno: 2012-0059.

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 3 de junio de 2004. Rad. No. 44001-23-31-000-2003-00380-01 (AP). CP: Camilo Arciniegas Andrade.

⁸³ Cuando se trata de la suspensión provisional de los actos administrativos, de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela y cuando la solicitante sea una entidad pública, no se requerirá prestar caucción. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/2011). 18 de enero de 2011. art. 232.

⁸⁴ ARBOLEDA. Op. cit. p. 350.

lado está el *arbitrio iuris*, que le permite al juez fijarla de forma libre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso; mientras que por otro, está el criterio objetivo, que corresponde a un porcentaje de la pretensión principal. Ambas posiciones presentan críticas fundadas⁸⁵. Sin embargo, consideramos que el mejor método para fijar la caución es el criterio objetivo, debido a tres razones. La primera es que frente al *arbitrio iuris* "no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Esa es la razón por la que la [sic] jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas"⁸⁶. En segundo lugar, en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo hay una remisión al criterio establecido en la legislación civil⁸⁷ y, por último, la doctrina ha establecido que "no hay más remedio que optar por la aplicación de pautas objetivas, pues siempre será menos malo que aceptar con tolerancia la pura subjetividad del juez, por buena voluntad y empeño que ponga en el tema"⁸⁸.

3.3.3 Desconocimiento de la figura.

Ahora bien, resulta pertinente enfocarnos en la facultad que tiene el juez para modificar la medida para hacerle frente al desconocimiento de la figura por parte de los litigantes. Para ejemplificar esto, nos centraremos en un auto del Tribunal Administrativo del Huila que refleja cómo, tras la solicitud de una medida cautelar típica, el magistrado decide decretar una medida innominada siguiendo la situación fáctico-jurídica del caso concreto. Dicho caso es un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por Cajanal-EICE (liquidación), contra una persona a quien se le reconoció la pensión gracia sin el cumplimiento de los requisitos legales. En esa medida, la demandante solicita como medida cautelar la suspensión provisional de tres actos administrativos de contenido particular y concreto. El primer acto reconocía a la demandada la pensión gracia, el segundo resolvía un recurso de reposición a solicitud de la actora sobre la reliquidación de la prestación, y el tercero daba cumplimiento a un

⁸⁵ ALVARADO, Adolfo. "El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión". En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2013.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ "Teniendo en cuenta que para efectos de decretar las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, se hace necesario fijar caución, y las reglas para determinarlas no se encuentran estipuladas en la Ley 678 de 2001, como tampoco en el CPACA; siendo así estas se fijarán de acuerdo a lo estatuido en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 678". COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA. Auto de 6 de junio de 2013. Rad.: 44-001-23-33-002-2013-00048-00.

⁸⁸ ALVARADO. Op. cit. p. 12.

fallo de tutela que ordenaba la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de nuevos factores. Dichos actos, en sentir de la Sala, constituían una unidad de decisión en torno al reconocimiento y monto de la pensión gracia, razón por la cual se procedió a decretar la suspensión provisional de los dos primeros actos administrativos, siendo esta una medida nominada. No obstante, frente al tercer acto, decretó una medida innominada, puesto que "por su autonomía y tratarse de un acto de ejecución de una decisión judicial, escapa al control de legalidad de nuestra jurisdicción como reiteradamente lo ha sostenido el Consejo de Estado y por lo mismo no puede la Sala entrar a decretar su suspensión". Por ello, ordenó a Cajanal-EICE, que adoptara las medidas administrativas correspondientes para que la resolución tercera que acató la decisión judicial de reliquidación de la pensión gracia no pudiera ejecutarse por sí sola.

El presente caso se encuadra dentro del numeral 5 (*Impartir órdenes a las partes del proceso*) del artículo 230 CPACA que a nuestro juicio, abre la posibilidad para que se soliciten y decreten medidas innominadas. Aunque "el juez no puede decretar de oficio una medida de esta naturaleza, si puede, *motu proprio*, otorgar una medida diferente de la solicitada" por la parte⁸⁹. Este es entonces un llamado al juez para que no sea temeroso, para que se anime a decretar medidas que sean más acordes a las situaciones fácticas de cada caso, siempre y cuando la medida cumpla con los requisitos de proporcionalidad, legitimación en la causa, apariencia de buen derecho, necesidad y efectividad, entre otras.

En conclusión, podemos afirmar que a pesar de las diferencias que existen entre la jurisdicción civil y la de lo contencioso administrativo, de esta última se pueden extraer varias enseñanzas para la aplicación efectiva de la cautela innominada. En primer lugar, la interpretación del Consejo de Estado nos permite entender que el análisis para decretar una medida cautelar no implica prejuzgamiento, pues no se hace un examen profundo de la *litis*. En segundo lugar, tras su experiencia con el criterio del *arbitrio iuris* en la fijación de la caución, podemos concluir que el criterio objetivo responde mejor a la protección de las partes. En tercer lugar, es un llamado al juez para que ejerza una actitud más activa frente a la solicitud de medidas y pueda entonces modificarlas como considere más pertinente.

4. CONCLUSIONES.

Este trabajo pretende ser la guía final para que los litigantes soliciten adecuadamente las medidas objeto de análisis y el juez pueda valorar debidamente la solicitud de este tipo de cautelares que trae el artículo 590 del CGP. En este

⁸⁹ ALVARADO. Op. cit. p. 54

sentido, las conclusiones que se han concretado a lo largo de esta ponencia han girado en torno a las enseñanzas que con el arduo trabajo de investigación se han logrado rescatar a partir de tres ejes: la aproximación doctrinal, el estudio sociológico y el aprendizaje a partir de la experiencia en la aplicación de las medidas en otras especialidades de la jurisdicción. Así las cosas, los operadores jurídicos deben considerar los siguientes postulados con respecto a la solicitud y decreto de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias:

- La dogmática procesal debe cambiar los presupuestos epistemológicos clásicos de los proveimientos cautelares que se enfocan en asegurar la eficacia de la sentencia, para tener como objeto central de los mismos la protección del hombre como ser relacional y social.
- La legislación vigente invita al juez a ser más activista en cuanto al uso de la tutela cautelar genérica y anticipatoria en pos de una mejor protección a las situaciones fáctico-jurídicas, que antes no se encontraban salvaguardadas con las medidas cautelares disponibles. Esto para garantizar de mejor manera una tutela judicial efectiva.
- Las medidas anticipatorias tienen autonomía conceptual, a pesar de la discusión doctrinal existente. La legislación civil debería diferenciarlas para no tratarlas indistintamente.
- No existe un argumento de peso para la exclusión de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en los procesos ejecutivos.
- El uso de medidas cautelares anticipatorias desmotiva las dilaciones injustificadas puesto que los efectos de la sentencia se estarían anticipando en la fase inicial del proceso.
- Pueden los jueces estar tranquilos a la hora de utilizar las figuras estudiadas, ya que no incurrir en prejuzgamiento. Esto se debe a la obligación de argumentación y carga probatoria del solicitante y del juicio de apariencia del buen derecho que debe realizar el juez, así como la facultad de modificar la medida en el transcurso del proceso.
- Con las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en la legislación procesal civil, se puede replantear la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, toda vez que debe afirmarse que con dichas figuras se creó un mecanismo idóneo de protección de derechos que no justifica la aplicación de dicha acción por principio de subsidiariedad.
- Teniendo en cuenta los problemas encontrados con el criterio objetivo para fijar la caución del artículo 590 del CGP, consideramos que estos podrían superarse al implementar la figura argentina de la "mejora de caución" que consiste en que la parte contra la cual se hizo efectiva la medida cautelar pueda solicitar la modificación del monto de la misma, lo cual está establecido en el CGP, pero también debe aportar pruebas sumarias de los perjuicios que le causó la medida. Es así como el juez tendría una base objetiva al momento

de modificar la caución y podría evitar eventuales injusticias en contra del demandado.

- Consideramos necesario que la jurisprudencia y la legislación se pronuncien sobre el contenido sustantivo de las medidas y construyan una clasificación de las mismas que parta de un criterio basado en qué tipo de derechos se busca proteger, para poder crear mecanismos más idóneos para la efectiva protección del ser humano y sus derechos.

Para finalizar, es claro que el presente trabajo invita a la correcta utilización de las medidas cautelares en el marco del CGP por parte de los operadores jurídicos involucrados. Al tener en cuenta que la razón principal por la cual la institución no es utilizada por los jueces es que estas no son pedidas por parte de los litigantes, los exhortamos a hacer uso de esta figura y tomar como base los criterios anteriormente expuestos. Es relevante que la medida esté debidamente diseñada de acuerdo al caso concreto y que allegue prueba suficiente de la afectación actual o potencial de los intereses del demandante. Por último, la providencia cautelar debe solicitarse teniendo en cuenta los criterios de idoneidad, proporcionalidad e instrumentalidad que ha establecido el Consejo de Estado.

REFERENCIAS.

- ALVARADO, Adolfo. "El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión". En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013.
- *Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- ARBOLEDA, Enrique. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011*. 1ra ed. Bogotá: Legis, 2011.
- ARNAUDO, Daniel. *El garantismo procesal*. 1ª ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2011.
- BACRE, Aldo. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. 1ª ed. Buenos Aires: La Rocca, 2005.
- BEJARANO, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*. Edición 5ª. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011.
- BERIZONCE, Roberto O. "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva". En: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (15: septiembre, 1996: Bogotá, Colombia). XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá D.C.: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. 1ª ed. Lima: ARA Editores, 2005.
- CARBONE, Carlos A. *Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)*. Santa Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni, 2000.

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA, 1944.
- CORREA, Néstor Raúl. *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. 3ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la tutela anticipatoria*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas Cautelares*. 1ª ed. Tomo 1. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2010.
- FORERO, Jorge. *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1 ed. Bogotá: Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*. 3ra ed. Ampliada. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.
- GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luis y VESCOVT, Enrique. *Exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988.
- GOZÁINI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código procesal civil modelo para Iberoamérica*. Montevideo. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Traducción de la 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, normas vigentes*. 1ª ed. Bogotá: Dupré Editores, 2013.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 11ª ed. Tomo I. Bogotá: Dupré Editores, 2012.
- MARINONI, Luis Guilherme. "La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso". En: *XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal* (21: 13-16, junio, 2001: San Juan, Argentina). [Online] [Citado el 11 de junio de 2014] Disponible en: http://www.academia.edu/1501571/La_necesidad_de_distribuir_la_carga_del_tiempo_nel_proceso
- "Tutela anticipatoria". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 26. 2000. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. 7ª ed. Parte general. Bogotá: Editorial ABC, 1978.
- Organización de Estados Americanos. *Medidas Cautelares*. [Online]. [Citado 12 de junio de 2014]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- OVALLE, José. "Tutela anticipada en el proceso civil iberoamericano". En: XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (14: 10-14, agosto, 1998: Brasilia, Brasil). [Online] [Citado el 11 de junio de 2014] Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/3/r3_9.pdf.
- PEYRANO, Jorge. *Medidas cautelares*. 1ª ed. Tomo I. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- RANGEL ROMBERG, Aristides. "Medidas Cautelares innominadas". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. II. No. 8. 1989. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ed. Librería del Profesional.

- RIVAS, Adolfo. "Medidas cautelares, la revolución procesal". *Revista de Derecho procesal I*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998.
- *Medidas Cautelares*. 1 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- ROJAS, Jorge A. *Sistemas Cautelares atípicos*. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ULCÍN, María Carlota. "Nociones fundamentales". *Tratado de las Medidas Cautelares*. 1ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. "Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso". *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre de Colombia, 2012.

JURISPRUDENCIA

- ARGENTINA. CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA. Sala Tercera. Sentencia No. 286. Folio No. 669. 7 de julio de 2011. M.P.: Néilda I. Zampini y Pedro D. Valle. Expediente No. 148280.
- ARGENTINA. PODER EJECUTIVO NACIONAL. Código Procesal Civil y Comercial (Ley 17.454). 18 de agosto de 1981.
- BRASIL. CONGRESO NACIONAL. Código de Proceso Civil (Ley 5.869). 11 de enero de 1973.
- CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código de Procedimiento Civil (Ley 1552). 29 de agosto de 1902.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Infancia y Adolescencia (L. 1098/2006). 8 de noviembre de 2006.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996. 15 de enero de 1996.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 472 de 1998. 5 de agosto de 1998.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Exposición de motivos de la Ley 1564 de 2012 publicado en la gaceta número 561/2012.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil (L. 57/1887). 26 de mayo de 1873.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/2011). 18 de enero de 2011.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso (L. 1564/2012). Julio 12 de 2012.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 2303 de 1989. Octubre 7 de 1989.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 472 de 1998. 5 de agosto de 1998.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 26 de abril de 2013. C.P.: María Elizabeth García González. Rad. No. 05001-23-33-000-2012-00614-01(ap).
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 2 de mayo de 2013. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad. No. 68001-23-31-000-2012-00104-01(ap).

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 3 de junio de 2004. Rad. No. 44001-23-31-000-2003-00380-01 (AP). C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00059-00, Rad. interno: 2012-0059.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 2014. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Rad. No. 11001-03-24-000-2013-00441-00.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-829 de 2001. 8 de agosto de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Exp. D- 3348.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 035. 8 de febrero de 2007. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-139902.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. SU - 913 de 2009. 11 de diciembre de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao. T- 2210489.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 435 de 2009. 2 de julio de 2009. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. No. T-2080233.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 17921 del 24 de junio de 2013. Rad. 13145061.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 20644 del 24 de julio de 2012.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 32889 del 16 de octubre de 2013.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 29596 del 10 de septiembre de 2013. Rad. 13211504.
- COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Auto No. 26863 del 23 de agosto de 2013. Rad. 13-198658.
- COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA. Auto de 6 de junio de 2013. Rad. 44-001-23-33-002-2013-00048-00.
- COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Auto del 2 de octubre de 2013. M.P.: Martha Patricia Guzmán Álvarez. Rad. No. 2013-45061-01
- PERÚ. PODER EJECUTIVO. Código Procesal Civil (Decreto Legislativo 768/1992). 29 de febrero de 1992.
- PORTUGAL. LEGISLAÇÃO. Código de Procedimiento Civil (Decreto-ley. 44129). 28 de diciembre de 1961.
- URUGUAY. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES EN ASAMBLEA GENERAL. Código General del Proceso (L. 15.982). 18 de octubre de 1988.
- VENEZUELA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil. Gaceta N° 4.209 Extraordinaria 18 de septiembre de 1990. art. 588 par. 1.