

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS^{*}

PRECAUTIONARY UNNAMED MEASURES IN DECLARATIVE PROCESSES

*Carlos Eduardo Escobar Duque^{**}*

Resumen

Después de algunos años de “observatorio” del Código General del Proceso, existen algunas figuras procesales que poco se conocen y poco vemos en la práctica pese a su trascendental importancia. Una de esas figuras, son las medidas cautelares innominadas que desde el mes de octubre del año 2012 pueden solicitarse en los procesos declarativos, como novedad del Código General del Proceso. Por lo anterior, resulta útil e interesante conocer el origen legal y los derechos constitucionales que comportan estas medidas, al igual que sus características, presupuestos, ejemplos y algunas situaciones de carácter procesal que pueden darse por el simple hecho de solicitarlas, más allá

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: ESCOBAR DUQUE, Carlos Eduardo. Las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 49 Enero – Junio, 2019, pp. 149-167.

Recibido: 24 de octubre de 2018 - Aprobado: 15 de junio de 2019.

Conceptuado por: Dr. Hernando Blanco García Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

** Abogado de la Universidad San Buenaventura Cali, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, con más de diez (10) años de experiencia en la asesoría jurídica directa de empresas de servicios y del sector real en asuntos laborales, civiles, financieros, de responsabilidad civil, civil médica, administrativos y comerciales. También, ejerciendo la representación judicial de las mismas en distintas clases de procesos judiciales con el propósito de proteger sus intereses jurídicos y económicos. Correo: ceeduque@hotmail.com

de si se consolidan o no. Esta es una invitación para apropiarnos de las novedades que nos ofrece el Código General del Proceso.

Palabras clave: Medidas cautelares innominadas, Procesos declarativos, presupuestos.

Abstract

After a few years of “observing” the General Process Code, there are some procedural statements not very well known and that we don’t see very often, despite its transcendental importance. One of those statements are the unnamed precautionary measures that, as of October 2012 can be requested in declarative processes, as a novelty of the General Process Code. Therefore, it is useful and interesting, to know the legal origin and constitutional rights that these measures entail, as well as their characteristics, budgets, examples and some other legal situations that may arise simply by requesting them regardless of whether they are consolidated or no. This is an invitation to take advantage of what the General Process Code has to offer us.

Keywords: Precautionary unnamed measures, Declarative processes, Budgets.

Introducción

Ante la novedad que introdujo el Código General del Proceso respecto a las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos, he querido realizar el presente análisis con el propósito de repasar su origen legal y a su vez, examinar los derechos de raigambre Constitucional que comportan, los cuales, no son advertidos en forma inaugural. Así mismo, estudiar sus características, presupuestos y algunas situaciones de relevancia. Por lo que resulta útil entenderlos y tenerlos en cuenta para una solicitud eficaz de las mismas.

La actual norma procesal nos permite solicitar la práctica de medidas cautelares innominadas, pese a ello, en la vida práctica del litigio poco se ven y poco se utilizan, tal vez por desconocimiento o distanciamiento de esta importante herramienta, por lo que valdría la pena plantear un acercamiento y en tal virtud, examinar: ¿Cuáles son los factores capitales que se deben tener en cuenta para obtener la declaración y práctica de una medida cautelar innominada en un proceso declarativo?

Las siguientes líneas de estudio permitirán resolver las incógnitas que se puedan presentar, en el momento de enfrentarse a un escrito para plantear una medida cautelar innominada dentro de un proceso declarativo, y desahogar la solicitud de tal manera que el juez encuentre necesaria la medida

a fin de equilibrar las posiciones de las partes e intentar el afianzamiento de la sentencia. En este sentido, más allá de ofrecer un artículo intelectual, deseo que la presente publicación resulte práctica y útil para resolver qué debemos tener en cuenta para acudir a dicha institución procesal.

1. Algunos derechos constitucionales y las medidas cautelares

1.1 El derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva que hace parte de nuestra Constitución y también de la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25, consiste en tener la posibilidad de acceder al servicio de justicia, obtener una sentencia en tiempo razonable y que dicha sentencia pueda convertirse en una realidad práctica, es decir, que pueda ser efectiva.

El maestro Jairo Parra Quijano expresa que en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política se encuentra establecido el derecho a la tutela judicial efectiva, y enseña *“En estas dos normas se encuentra en nuestro criterio regulada la tutela judicial efectiva, cuando se hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial. Y ello supone, si se hace referencia al derecho sustancial, a su seguridad. Ello supone en determinados casos “la tutela de los derechos mediante la medida cautelar anticipatoria y a la seguridad de la tutela del derecho material que se encuentra eventualmente amenazado de lesión en el curso del proceso”.*¹

Como sostiene la doctora María Mercedes Araujo Oñate, –quien ha desarrollado un amplio estudio sobre este derecho fundamental– : *“Otra de las consecuencias que ha producido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso es la tutela cautelar y la tutela preventiva que impone la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia, y, por lo tanto, pretende evitar que la acción judicial se produzca cuando se ha ejecutado el acto o el hecho o se ha producido un daño irreparable”*².

¹ Parra Quijano, Jairo. *Medidas cautelares innominadas*. Edición XXXIV. Bogotá. Memorias del XXXIV Congreso de Derecho Procesal. 2013, p. 306.

² Araujo, Rocío. *Estudios Socio-Jurídicos. Volumen 13, No 1. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparativo*. Bogotá. 2011, p. 17.

Visto lo anterior, pensemos lo siguiente: ¿Qué implica el derecho de tutela judicial efectiva y qué relación tiene con las medidas cautelares?

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la efectividad de la sentencia, no pueden verse individualmente, como si fuesen una ínsula que están allá lejos una de la otra. Por el contrario, deben estar atadas, deben tener simetría y ello necesariamente implica la práctica de una medida cautelar; “... se convierte en la herramienta idónea para proteger a quien busca la tutela jurisdiccional, de las consecuencias adversas que puede producirle el transcurso del tiempo o eventuales actos fraudulentos.” Así lo afirma el doctrinante Miguel Enrique Rojas Gómez.³ No basta entonces tener la oportunidad de acceder al servicio de justicia, sino de hacer realidad la sentencia que se profiera en un tiempo razonable.

Sobre el tiempo razonable de los procesos, la regla 121 del Código General del Proceso (en adelante CGP), definió un (1) año para la primera instancia y seis meses para la segunda, tiempo que en forma excepcional, se podrá prorrogar por hasta seis (6) meses.

El inciso segundo de la regla 121 dispone con claridad, que vencido el término previsto sin haberse dictado sentencia el funcionario perderá en forma automática competencia para conocer el proceso. Y más adelante, en el inciso sexto, dispone que será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia.

Es clara la naturaleza de la norma y el objetivo del legislador, de incorporar en el nuevo estatuto procesal una causal de pérdida de competencia en razón al paso del tiempo sin que se hubiese decidido de fondo el litigio puesto a conocimiento del juez, que al ser de pleno derecho, surte efectos en forma inmediata. Actualmente, hemos visto algunos pronunciamientos en sede de tutela, en las que se discute si la actuación surtida por el juez con posterioridad a los términos de la regla 121 es saneable o insaneable. En mi opinión, se trata de una nulidad insaneable, pero ello quisiera abordarlo en otra publicación.

Bien, continuando entonces, tenemos que la tutela judicial efectiva se nutre de las medidas cautelares precisamente para satisfacer la garantía del acceso a la administración de justicia.

Existe otro derecho Constitucional que comportan las medidas cautelares:

³ Gómez, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I Teoría del Proceso*. Bogotá. 2002, p. 221.

1.2 El derecho a la igualdad

Piero Calamandrei⁴ dijo, “*Las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones*”.

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo procesal para poner en igualdad de condiciones a las partes, en este caso, a la parte demandante quien normalmente es quien está en desventaja en el proceso. Revisemos lo siguiente:

- Es el demandante quien se considera con el derecho lesionado y en ese sentido, es a quien el paso del tiempo afecta. Aquí la parte demandada, aparentemente no tiene nivel de afectación.
- El demandante solo tiene el escrito de demanda y además, la carga de la prueba según la regla 167 del CGP. Por su parte, el demandado tiene todos los mecanismos de defensa puestos en el estatuto procesal, entre ellos, la contestación de la demanda, excepciones, excepciones previas, recurso de reposición contra el auto admisorio y en fin, en la medida que el demandado ejercite las anteriores posturas, continuará transcurriendo el tiempo, tiempo que sufre el demandante quien se considera con el derecho lesionado.

Entonces están las medidas cautelares para poner un pie de equilibrio entre las partes y que las mismas acudan al litigio de igual a igual, pues solicitada, decretada y practicada determinada medida cautelar, a ambas partes les interesará que el paso del tiempo en el proceso sea el menor posible.

El Dr. Hernando Blanco García, –a quien aprecio y agradezco su intervención en la presente publicación–, señaló lo siguiente:

“Y es que no puede perderse de vista que “al momento de valorar la solicitud, el decreto y la práctica de una medida cautelar, el Juez deberá tener en cuenta que, conforme al artículo 11 del C.G.P., “el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial” disposición que debe interpretarse de forma armónica con el artículo 4º según el cual, “el juez debe hacer uso de los poderes que este Código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, acompañada con el artículo 42 del mismo Estatuto que impone al Juez el deber de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga”. Dícese lo anterior, puesto que, como se verá más adelante, el Legislador otorgó una discreta autonomía al fallador en la labor cautelar, por manera que siempre deberá atender las normas rectoras, los principios constitucionales aludidos y aquellos establecidos en el Código General del Proceso, con miras a que se

⁴ Sentis, Santiago. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Buenos Aires. Bs. AS., EJE. 1998, p. 418.

*tutele de manera efectiva el derecho involucrado en el debate, sin afectar los intereses de las partes, ni causar un agravio injustificado a los litigantes o a terceros.*⁵

He tenido en cuenta al menos dos (2) derechos constitucionales que comportan las medidas cautelares, pero seguro existen algunos otros, lo que impone la trascendental importancia de este mecanismo.

2. Las medidas cautelares innominadas

Como novedad con la entrada en vigencia del CGP, existe la posibilidad de solicitar en procesos declarativos medidas cautelares que no hagan parte de un catálogo especial, por eso su distinción de innominadas, atípicas o discrecionales.

Digo novedad en procesos declarativos, porque las medidas cautelares innominadas existen de antaño, como por ejemplo, en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 (Acción de tutela), mediante el cual el juez tiene la facultad de decretar una medida provisional para proteger el derecho, en el artículo 17 de la Ley 472 de 1998 (Acciones populares y de grupo) se estableció la facultad del juez para decretar la medida cautelar que estime necesaria para impedir perjuicios irremediables e irreparables. Y las más antiguas y menos conocidas, las referidas a la acción reivindicatoria del artículo 959 del Código Civil. Todas las anteriores, solo para referir algunos casos de medidas cautelares innominadas.

Volviendo entonces a la novedad de las medidas cautelares en procesos declarativos, la regla 590 del CGP dispone:

“En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares...”

Más adelante, en el literal c:

“Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión...”

⁵ Blanco, Hernando. *Estudios sobre el Código General del Proceso. Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2014, p.160.

Sin embargo, en la práctica, pocas veces vemos que se acudan a ellas en procesos declarativos, pero creo que con el tiempo y una vez se conozca dicha novedad y su practicidad, serán la regla general, máxime, que el párrafo primero de la revisada regla, dispone lo siguiente:

“PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación pre judicial como requisito de procedibilidad.”

El anterior párrafo dispuso en forma diáfana, que ante la solicitud de medida cautelar no será necesario acudir a la conciliación pre judicial en cumplimiento del requisito de procedibilidad. En mi opinión, en algún momento, dicha normatividad pondrá fin a las audiencias de conciliación o en su defecto, las disminuirá en gran medida. Sin embargo, surgen las siguientes interrogantes:

¿Qué ocurre si es solicitada una medida cautelar y la misma no es decretada por el juez?

¿En ese caso, el proceso continuará a pesar de no decretarse la medida cautelar?

Posibles respuestas:

En estricto sentido y sin lugar a interpretaciones o a penumbra, lo que dispone la regla es que ante una solicitud de medida cautelar ya no es necesario la conciliación pre judicial. Tan categórica es, que la misma regla señala que su aplicación se da en todo proceso y ante cualquier jurisdicción.

En mi criterio, la audiencia de conciliación pre judicial pronto llegará a su fin y dejará de ser un peaje para acudir al juzgador de instancia, pues ciertamente, la audiencia pre judicial fue convertida en un mero paso para acudir a la jurisdicción.

¿Y si la solicitud de medida cautelar es manifiestamente improcedente?

Ahora, si la solicitud de medida cautelar es manifiestamente improcedente y su único propósito es eludir la conciliación pre judicial como requisito de procedibilidad, el juez, –en mi opinión–, deberá inadmitir la demanda y requerir al demandante para que subsane aquel yerro y así evitar el esguince de la ley 640 de 2001. Por supuesto, está para la disertación.

Frente a la conciliación judicial y a su poca utilidad como requisito de procedibilidad, debo manifestar que, situación diferente ocurre con la conciliación durante el proceso judicial.

Gracias a la oralidad implementada por el CGP: el juez, las partes y sus apoderados confluyen en un espacio en el que puede materializarse la conciliación.

liación, bien sea en la audiencia inicial o en otra etapa del proceso, sobre todo, cuando se ha desarrollado el debate probatorio y alguna de las partes ha quedado convencida que su teoría del caso no va a prosperar. Pese a que en ese momento ya se ha puesto en marcha a la jurisdicción, resulta bastante práctico llegar a una conciliación que culmine el litigio, pues sin duda alguna alivianará la carga del juez y será un proceso menos que llegará a la segunda instancia, si es el caso.

La conciliación no es muy útil como requisito de procedibilidad y así lo hemos vivido en el tiempo, pero gracias a la oralidad implementada por el CGP, son muchos los procesos que han logrado culminarse anticipadamente a través de este mecanismo, como una de las virtudes del proceso verbal, como una de las virtudes de la oralidad, de tener al servicio de justicia en vivo y en directo con los protagonistas frente a frente para poder concretar en cualquier momento del proceso, un arreglo que satisfaga a las partes.

Finalmente, ¿Proceden las medidas cautelares innominadas en los procesos ejecutivos y liquidatorios?

No. Toda vez que los procesos ejecutivos cuentan con un sistema de medidas cautelares taxativo compuesto por el embargo y secuestro, según la regla 599 del CGP. Lo mismo para los procesos liquidatorios que cuentan con un catálogo taxativo de medidas cautelares, como la guarda y aposición de sellos y el embargo y secuestro, según las reglas 476 y 480 respectivamente, del CGP.

Además, la regla 590 dispuso en forma clara las instrucciones para que se puedan consolidar las medidas innominadas en procesos declarativos, lo cual, deja por fuera a los procesos ejecutivos y liquidatorios.

3. Características de las medidas cautelares innominadas

3.1 Inmediatez

Según lo visto en el primer capítulo, las medidas cautelares incorporan derechos constitucionales, entre ellos, la tutela judicial efectiva y la igualdad de las partes. Ello significa, que la solicitud de decreto y práctica de una medida cautelar debe resolverse y aplicarse de manera inmediata, pues estas medidas regularmente son urgentes por el riesgo que implica el paso del tiempo, es decir, la duración del proceso por corto que pueda ser y las conductas en las que pueda incurrir el demandado.

Al menos, existen dos (2) normas del CGP que establecen en forma clara el principio de inmediatez, veamos:

La regla 588 del CGP señala lo siguiente:

“Cuando la solicitud de medidas cautelares se haga por fuera de audiencia, el juez resolverá, a más tardar, al día siguiente del reparto o a la presentación de la solicitud.

Tratándose de embargo o de inscripción de demanda sobre bienes sometidos a registro, el juez la comunicará al registrador por el medio más expedito.

De la misma manera, se comunicará el decreto de medidas cautelares a quien deba cumplir la orden.”

Ahora bien, la regla 298 del CGP señala lo siguiente:

“Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.

Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada.

La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.”

Estas dos (2) reglas debemos recordarlas siempre y tenerlas presentes al momento de hacer nuestra solicitud de medida cautelar, porque si el juez no cumple con dicho término, estaría generando una gravísima lesión a los derechos constitucionales que comportan las medidas cautelares, estos son, la tutela judicial efectiva y la igualdad de las partes, generando percepciones de tardanza, desorden y otras situaciones no tan agradables para el despacho que no cumple con este término. Incluso, si el juez, además de no cumplir con este término deja pasar un tiempo desbordado sin que se avizore su resolución, perfectamente se podría promocionar una acción de tutela y la misma debe prosperar, al resultar afectados en forma trascendental el derecho a la tutela judicial efectiva.

La regla 588 dispone que si la medida cautelar se solicita por fuera de audiencia, el juez debe resolver a más tardar el día siguiente, con lo que podemos entender, que si la solicitud es en audiencia, se deberá resolver en ese momento. Lo anterior, da cuenta de la inmediatez de las medidas cautelares.

3.2 Inaudita parte

Este postulado indica, que se llega a la medida cautelar sin oír a la otra parte. Y es apenas razonable, pues no podemos desconocer la naturaleza humana de querer proteger sus bienes, sus riquezas o aquellas cosas materiales o inmateriales sobre las cuales tiene un afecto y que de manera alguna quiere ver en riesgo. Entonces, en el evento en que se llegue al trámite de las medidas cautelares en presencia

de la otra parte, pues lo evidente sería, que en ese afán de protección, trate de dilatar el asunto con la formulación de recursos a las decisiones o se insolvente, por lo que constituye un principio fundamental de la medida cautelar, que el afectado no se entere en ese momento. Una vez consolidada la medida cautelar, se le notificará y se le correrá traslado para que ejerza su derecho de defensa y de esta manera, intentar que el juez reconsidere su decisión por vía de recurso de reposición y en sede de segunda instancia, con el de apelación, si se quiere. Lo relevante, es que la persona afectada con la medida no pueda ser oída en el momento del decreto y práctica de la medida, por las razones expuestas.

Pero ocurre con frecuencia, que la parte que será afectada con la medida se ha dado cuenta y concurre al proceso, se notifica y promueve recursos. En ese evento y como lo vimos ahora al repasar la regla 298, la promoción de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada y se consideran interpuestos en el efecto devolutivo, así que el despacho judicial recibirá el recurso y lo atenderá, pero al mismo tiempo consolidará la medida cautelar.

3.3 Provisionalidad y accesoriedad

Las medidas cautelares naturalmente son provisionales y su propósito no es permanecer impuestas a la perpetuidad, solo el tiempo necesario para cumplir su propósito, el cual es, hacer de la providencia que se profiera en un tiempo razonable una realidad práctica. Si la medida cautelar no tiene la virtud de provisionalidad, entonces no se podría hablar de una medida cautelar sino de una medida auto satisfactiva, de las que pueden darse en los asuntos tutelares para salvaguardar el derecho.

Sobre la accesoriedad, basta con señalar que las medidas cautelares son accesorias y siguen la suerte de lo principal, es decir al proceso, pues las medidas cautelares prestan sus servicios al proceso principal.

¿Qué comporta entonces la accesoriedad?

Que si la sentencia es absolutoria, las medidas cautelares deben levantarse. Lo mismo ocurre si se da el desistimiento tácito y cualquier situación que ponga fin al proceso.

4. Presupuestos de las medidas cautelares innominadas

La doctrina mundial ha descrito como presupuestos de las medidas cautelares, los siguientes: *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y la contra cautela. Dicho de otra manera: lo que debe existir para decidir una medida cautelar.

Los anteriores presupuestos, cobraron importancia en el proceso declarativo a partir del 1 de octubre del año 2012, fecha en la cual entraron a regir las medidas cautelares innominadas en este tipo de procesos. En ese sentido, debemos entenderlos y tenerlos presentes, si queremos acudir a ellas.

Como introducción al tema de los presupuestos de las medidas cautelares innominadas, considero relevante resaltar lo manifestado por el profesor Ulises Canosa Suárez⁶:

“Por otra parte, para lograr mayor eficacia se adopta la presunción de acierto de la sentencia de primera instancia con apelación en el efecto no suspensivo y se amplía la posibilidad de medidas cautelares en un sistema mixto que además de las típicas contempla la genérica o innominada que en cada caso particular se encuentre razonable para asegurar la efectividad de la pretensión, proteger e impedir la infracción de derechos y prevenir o hacer cesar daños, apreciando la legitimación de la parte solicitante y la existencia o vulneración y siempre y cuando el juez estime presentes los elementos tradicionales que antes calificaba únicamente el legislador, esto es, el humo de buen derecho, fomis boni iuris o verosimilitud del derecho alegado y el periculum in mora o temor razonable y objetivamente fundado de que una situación cambie negativamente durante el tiempo necesario para definir el fondo del asunto.” (Negrita fuera del texto original).

Veamos entonces, los presupuestos:

4.1 *Fumus Bonis Iuris*

Se trata del presupuesto más complejo e importante para decidir una medida cautelar, que siempre ha estado en la doctrina y que ahora el CGP ha incorporado en el inciso tercero del literal c de la regla 590. Corresponde al humo o apariencia de buen derecho que debe existir en la acción que el demandante está promoviendo, por lo que el juez, en el examen preliminar que realice encuentre una probabilidad seria de que la pretensión pueda salir avante, sin que ello implique prejuzgamiento. No es una tarea fácil, en tanto que el juez en ese examen preliminar debe tener buen criterio para no incurrir en posibles arbitrariedades de encontrar primero la apariencia de buen derecho y posteriormente en el trámite del proceso, y a pesar del desenlace probatorio, continúe inmóvil con su postura inicial.

⁶ Canosa, Ulises. *Código General del Proceso*. Segunda Edición. Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014. Capítulo 1. P. 8.

Sobre el *fumus bonis iuris*, el maestro Jairo Parra Quijano⁷ conceptuó lo siguiente:

“... la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), es decir, siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud depende del contenido del derecho material de la “alegación”, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención. De modo que el derecho a obtener esta participación no se contenta con la mera constatación de la verosimilitud, como de la mera “alegación” sin contenido, sino que la verosimilitud solamente puede ser comprendida a partir de las diferentes necesidades de derecho material...”

Por otra parte, el profesor Ramiro Bejarano⁸ sostuvo en su más reciente publicación:

“f) Que el juez tenga en cuenta la apariencia de buen derecho del demandante, es decir el fumus bonis iuris. Esta expresión ha sido reconocida desde siempre, para significar que el peticionario de una cautela no está obligado a aportar “un derecho cierto, sino aparente”². La apariencia de buen derecho es un juicio preliminar de verosimilitud que hace el juez sobre la probable prosperidad o éxito favorable de la causa o negocio³, que por hacerse prima facie es muy preliminar y por ello aunque no implica prejuzgamiento si se erige en un criterio orientador para acceder favorablemente al pedido de que decrete una cautela.”

También, el doctor Henry Sanabria Santos señaló:

“Debe acompañar los elementos de juicio que “permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia”, lo cual podrá hacer mediante cualquiera de los medios de prueba establecidos al efecto, por ejemplo, mediante pruebas practicadas en forma anticipada tales como inspecciones judiciales, dictámenes parciales, interrogatorios de parte, etc. Se trata de que el demandante aporte las pruebas de que se está cometiendo por parte del demandado una infracción o que la misma es inminente, lo cual desde luego, constituye, al igual que los requisitos anteriores, la demostración de la verosimilitud del derecho invocado (fumus bonis iuris o aroma de buen derecho) ...”⁹

⁷ Parra Quijano, Jairo. *Medidas cautelares innominadas*. Edición XXXIV. Bogotá. Memorias del XXXIV Congreso de Derecho Procesal. 2013, pp. 311-312.

⁸ Bejarano, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Octava Edición. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. 1973, p. 344.

⁹ Sanabria, Henry. *30 Congreso de Derecho Procesal. Sexto tema: La evolución del régimen colombiano de medidas cautelares en los procesos declarativos. Medidas cautelares en*

Surge el siguiente interrogante:

¿El *fumus bonis iuris* debe probarse?

En mi criterio, el *fumus bonis iuris* debe provenir o brotar del escrito de demanda en toda su magnitud, es decir, de lo manifestado en los hechos, en las pretensiones y las pruebas ofrecidas y aportadas al juzgador de instancia. No creo que deba existir una prueba específica o un debate probatorio propiamente dicho para acreditar el *fumus bonis iuris*, pero si debe quedar acreditado en forma idónea que la demanda que se promueve tiene un probable grado de éxito y esto puede ser entendido, al revisar la demanda y el ejercicio probatorio que ofrece el demandante en las primeras de cambio del proceso. Insisto, sin que implique prejuizamiento.

4.2 *Periculum In Mora*

Todo proceso, por más corto que pueda ser o parecer, toma un tiempo en llegar a su resolución definitiva y en ese tiempo se puede generar un peligro inminente sobre lo que se pretende proteger a través de la medida cautelar como mecanismo de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva. En otras palabras, se trata del riesgo que se presenta durante el tiempo de duración del proceso que haga nugatoria la efectividad de la sentencia.

Sobre este importante presupuesto, Calamandrei¹⁰ sostuvo:

“El Periculum in mora que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico del daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es específicamente el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva.”

los procesos declarativos modernos relativos a la protección de la propiedad industrial y a la competencia desleal. Bogotá. 2009, p. 576.

¹⁰ Calamandrei, Piero. *Providencias Cautelares.* Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945, p. 42.

4.3 Contra Cautela

Los dos (2) anteriores presupuestos deben ser examinados en forma anterior al decreto y práctica de la medida cautelar, en tanto que, la contra cautela o caución se da en forma posterior.

Una vez el juez encuentre acreditado el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, se impondrá a la parte solicitante de la medida cautelar, la obligación de aportar una contra cautela o caución, con el propósito de reparar el daño que se pudiera causar al demandado con la medida cautelar, pues puede ocurrir, que la sentencia no declare las pretensiones de la demanda y devendría injusto el daño que generó la medida.

No podemos confundir este tipo de caución, con la caución que presta el demandado para garantizar el pago de la obligación y de esta manera, levantar el embargo del bien. Se trata de otro escenario.

El Dr. Blanco, agrega a la presente publicación lo siguiente:

“Tampoco debe confundirse con la contra cautela entendida como el derecho del demandado de hacer resistencia u oposición a la medida cautelar innominada de que trata el literal C del citado artículo 590, al indicar que “el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo”.

En este sentido la explicación emerge por si misma de la norma y el sentido común, “si la sentencia no va a definir un tema patrimonial no es lógico que la parte demandada pueda resistir la medida mediante caución, dado que la sentencia prima facie no va a afectar sus bienes, aspecto que igualmente se predica para el caso en que la cautela simplemente sea una anticipación de lo que sería el fallo, como ocurre cuando se ha pedido en la demanda impedir la ejecución y desarrollo de unas actividades presuntamente contaminantes, por ser ilegal y la cautela es precisamente la orden de abstenerse de hacer dichas actividades mientras dura el pleito, con apego a criterios serios de razonabilidad. En ese ejemplo, claramente son coincidentes la cautela y la pretensión, de suerte que con sano raciocinio puede afirmarse que no es viable que mediante la prestación de una caución se permita el levantamiento de la cautela y persistir en la ejecución de la conducta denunciada, puesto que si a la postre la sentencia es favorable, difícilmente podrá existir una materialización del fallo y la caución de nada servirá para ese propósito.” (Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso, autor Hernando

Blanco García, en obra conjunta: Estudios sobre el Código General del Proceso, Editorial Universidad Nacional de Colombia, año 2014).¹¹

Aquí estamos ante la caución del numeral segundo de la regla 590 del CGP.

Finalmente, existen otros presupuestos también de relevancia, que los trae el inciso segundo y tercero del literal c del 590, entre ellos, la legitimación o interés de las partes para actuar, la necesidad, la efectividad y proporcionalidad. Que también deben estudiarse por parte del juez para decidir una medida cautelar innominada.

Analizados entonces los presupuestos, surge otro interrogante:

¿Es posible que el juez, a solicitud de parte, decrete y practique una medida cautelar innominada en un proceso declarativo que cuente con medidas cautelares taxativas o nominadas?

Por ejemplo, en un proceso de servidumbre de aguas, el demandante solicita la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria, pero aun sin solicitarla el juez de oficio la debe ordenar, ¿el demandante podría solicitar provisionalmente servirse de las aguas del predio vecino?

Me permito disertar, que dependerá de cada caso en particular, pues en el evento en que la medida cautelar taxativa del proceso declarativo por alguna u otra razón no pueda consolidarse o no sea suficiente para lograr la efectividad de la sentencia, la regla 590 es amplia en señalar que en los procesos declarativos se pueden solicitar ciertas medidas cautelares y trae un catálogo de las mismas. Y en el literal c de la misma regla, dispone “*Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio...*”, luego no encuentro alguna negativa legal para que en un proceso declarativo que cuenta con medidas taxativas, no se pueda consolidar una medida innominada, siempre y cuando la solicitud cumpla con los presupuestos antes estudiados.

Finalmente, el Dr. Blanco manifiesta lo siguiente:

En este sentido es relevante acotar que la discreción que tiene el Juez en este punto no es absoluta, puesto que no puede el fallador diseñar a su arbitrio la cautela innominada que se le ocurra, sino que siempre será indispensable petición de parte, es decir, estamos frente a una figura eminentemente rogada, como quiera que de otro modo no puede entenderse la regla inicial prevista en el encabezado del artículo 590 ejúsdem, en donde se empleó la expresión, según la cual, “a petición del demandante el juez podrá” decretar las medidas

¹¹ Blanco, Hernando. *Estudios sobre el Código General del Proceso. Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2014, p. 168.

que se indican en los literales a) b) y c). Cosa distinta es que el actor sugiera una serie de opciones al momento de petitionar la cautela, dado que en ese evento el Juez ahí sí podrá seleccionarla para ser decretada, luego de analizar razonablemente la pertinencia y procedencia de la medida, observando con rigor las pautas que establece la norma aludida.”¹²

5. Caso de una medida cautelar innominada

Un ejemplo pertinente y práctico de una medida cautelar innominada, lo encontramos en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela¹³, mediante la cual, se examinó la decisión judicial relativa a una medida cautelar consolidada dentro de un proceso reivindicatorio en el que – bien dicho sea de paso–, se había inscrito la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del bien objeto del proceso. Sobre la inscripción de la demanda en el bien que se pretende reivindicar, más adelante expresaré mi opinión.

La medida cautelar innominada consistió en ordenarle al poseedor “... abstenerse “(...) de seguir arrendando habitaciones del inmueble (...), o dar en arrendamiento el inmueble o en general arrendar cualquier espacio del mismo a terceras personas (...)”.

Dentro de la acción de tutela, la accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo y al debido proceso, que en su criterio, fueron vulnerados por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, al revocar en segunda instancia, el auto que denegó el decreto de la medida cautelar innominada, descrita en el párrafo anterior.

La accionante argumentó, que el Tribunal no tuvo en consideración que la práctica de la medida cautelar le generó perjuicios económicos, pues “*sólo tiene como único ingreso para su congrua subsistencia la renta que obtiene del arrendamiento de las habitaciones que fueron acondicionadas por ella y por su antigua pareja (...) hija del demandante (...)*”.

El Tribunal accionado solicitó denegar el amparo tutelar reclamado, en razón a que “*(...) no incurrió en una conducta (...) que lesionara los derechos (...) de la actora (...), dado que [la misma] (...) no obedece a una posición ni a un criterio subjetivo, caprichoso ni arbitrario, sino a la aplicación de la ley (...)*”.

¹² Blanco, Hernando. *Estudios sobre el Código General del Proceso. Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2014, p.166.

¹³ Tolosa, Luis Armando M.P. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de febrero de 2014 (Rad. No. 11001-02-03-000-2014-00342-00/STC2343-2014).

En las consideraciones de la Corte, se tuvo en cuenta:

“En efecto, para adoptar la determinación en cita, la Corporación denunciada comenzó por precisar que en los juicios reivindicatorios, circunscritos a obtener la recuperación de la cosa por parte del dueño, “(...) las medidas cautelares que se piden (...), se constituyen en garantía de que las pretensiones del actor, llegado el caso en que salgan avantes se tornen efectivas, es decir, que quien ostente la calidad de poseedor restituya la aprehensión material del bien al titular del derecho de dominio (...).”

Finalmente, la Corte sostuvo lo siguiente:

“3. Del examen de los argumentos transcritos, como antes se aseveró, no se colige arbitrariedad constitutiva de vía de hecho alguna. La medida cautelar “innominada” solicitada por el demandante fue decretada luego de efectuarse una interpretación prudente de la finalidad del proceso reivindicatorio y de la protección del patrimonio del extremo activo, sin olvidarse la fijación de una caución para garantizar los posibles daños ocasionados con dicha cautela, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 590 del Código General del Proceso, referido por la autoridad accionada.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

El anterior caso resulta pertinente, por cuanto en sede de tutela fue examinada una determinación judicial que ordenó la práctica de una medida cautelar innominada dentro de un proceso reivindicatorio en el cual, la demanda se había inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del bien. En mi opinión, puede resultar hasta paradójico que en un proceso reivindicatorio se inscriba la demanda en el folio de matrícula del bien que se pretende reivindicar, pues el demandante es el propietario y el demandado es un poseedor, entonces, con la inscripción de la demanda el mismo demandante estaría afectando su propio inmueble. Pero más allá de dicha situación, lo cierto es, que si el poseedor demandado estaba disponiendo de la tenencia del inmueble a través de arrendamientos, nada más acertado, pertinente y ajustado a los presupuestos, que como medida cautelar innominada se le ordenara abstenerse de ejecutar dichos actos para que una vez emitida la sentencia que eventualmente acogiera la pretensión reivindicatoria, la misma pudiese convertirse en una realidad inmediata.

Conclusiones

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la efectividad de la sentencia, no pueden verse individualmente. Por el contrario, deben estar atadas, deben tener simetría y ello necesariamente implica la práctica de una medida cautelar

La tutela judicial efectiva se nutre de las medidas cautelares precisamente para satisfacer la garantía del acceso a la administración de justicia.

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo procesal para poner en igualdad de condiciones a las partes, en este caso, a la parte demandante quien normalmente es quien está en desventaja en el proceso.

Ante la solicitud de medida cautelar no será necesario acudir a la conciliación pre judicial en cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Existen distintas características de las medidas cautelares: Inmediatez, inaudita parte y provisionalidad y accesoriedad.

Las medidas cautelares innominadas del numeral c de la regla 590 del CGP, sólo proceden para los procesos declarativos.

Lo que debe existir para decidir una medida cautelar: *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y la contra cautela. Además, legitimación, necesidad, efectividad y proporcionalidad.

Referencia bibliográficas

ARAUJO, ROCÍO. *Estudios Socio-Jurídicos. Volumen 13, No 1. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparativo.* Bogotá. 2011.

GÓMEZ, MIGUEL. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I Teoría del Proceso.* Bogotá. 2002.

SENTIS, SANTIAGO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I.* Buenos Aires. Bs. AS., EJEA. 1998.

BLANCO, HERNANDO. *Estudios sobre el Código General del Proceso. Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso.* Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2014.

CANOSA, ULISES. *Código General del Proceso. Segunda Edición.* Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Medidas cautelares innominadas.* Edición XXXIV. Bogotá. Memorias del XXXIV Congreso de Derecho Procesal. 2013.

BEJARANO, RAMIRO. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos.* Octava Edición. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. 1973.

CALAMANDREI, PIERO. *Providencias Cautelares.* Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945.

TOLOSA, LUIS ARMANDO M.P. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de febrero de 2014 (Rad. No. 11001-02-03-000-2014-00342-00/STC2343-2014).

FORERO, JORGE. *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Editorial Temis. 2013.

VILLAMIL, EDGARDO. *Memorias del XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 2012.

SANABRIA, HENRY. 30 Congreso de Derecho Procesal. Sexto tema: La evolución del régimen colombiano de medidas cautelares en los procesos declarativos. 2009.

