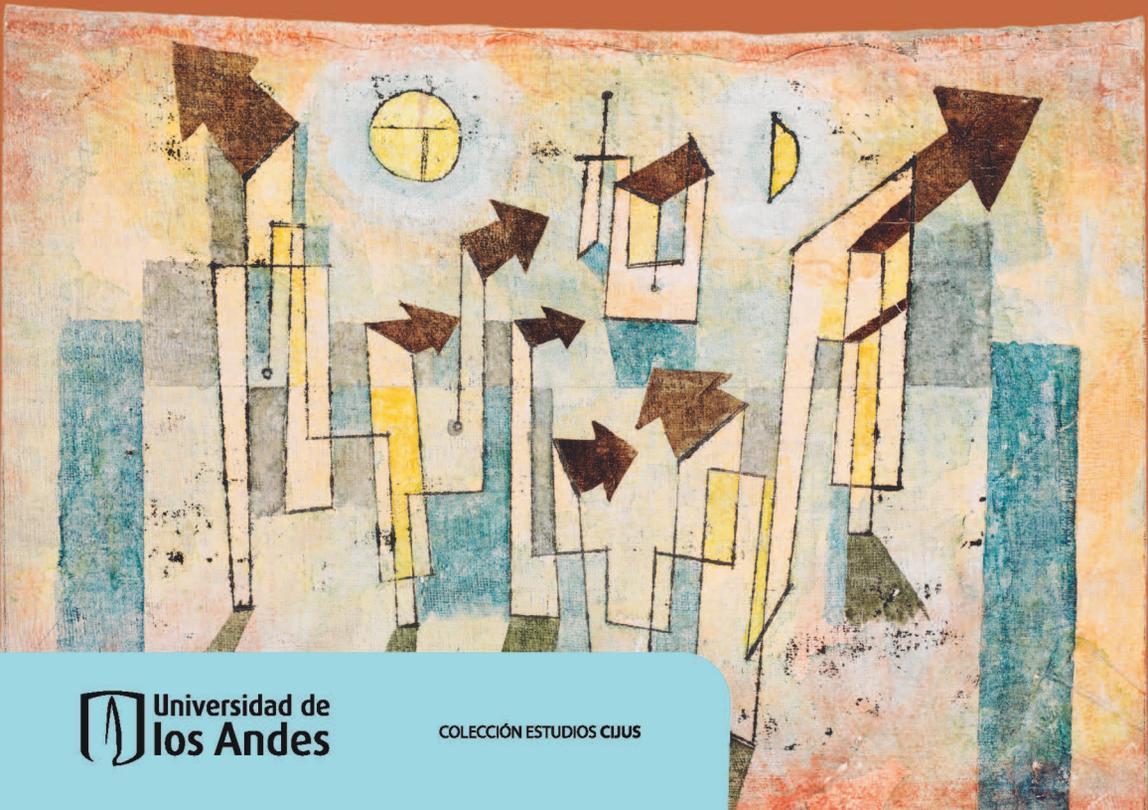


**APROXIMACIÓN
A LA MEDIDA
CAUTELAR
INNOMINADA
EN EL CONTEXTO
COLOMBIANO**

**MARÍA DEL SOCORRO RUEDA
(COORD.)**



APROXIMACIÓN
A LA MEDIDA CAUTELAR
INNOMINADA EN EL
CONTEXTO COLOMBIANO

COLECCIÓN ESTUDIOS CIJUS

La Colección Estudios CIJUS publica investigaciones que aplican herramientas de diversas disciplinas al análisis de distintos temas. Impulsada por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de los Andes, la colección difunde perspectivas y metodologías novedosas que promueven debates de relevancia pública.

APROXIMACIÓN
A LA MEDIDA CAUTELAR
INNOMINADA EN EL
CONTEXTO COLOMBIANO

MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA
COORDINADORA

Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano / María del Socorro Rueda (coordinadora). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2017.
182 páginas; 15 x 24 cm. – (Colección Estudios Cijus)

Otros autores: Carlos Julio Giraldo Bustamante, Ana María Cortés Tamayo, Gustavo Quintero Navas.

ISBN 978-958-774-527-6

I. Medidas cautelares 2. Derecho procesal I. Rueda Fonseca, María del Socorro II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 347.077

SBUA

Para citar este libro: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.13>

Primera edición: abril del 2017

© María del Socorro Rueda (coordinadora)

© Carlos Julio Giraldo Bustamante, Ana María Cortés Tamayo, Gustavo Quintero Navas

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-527-6

ISBN e-book: 978-958-774-528-3

Corrección de estilo: Alejandra Muñoz

Diagramación interior: Claudia Patricia Rodríguez A.

Diseño de cubierta: Alejandro Ospina

Imagen de cubierta: *Mural from the Temple of Longing*, Paul Klee (1879-1940), watercolor and transferred printing ink. Public Domain.

Impresión:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Carrera 69 H n.º 77-40

Teléfono: 6020808

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

DEL EUROPEÍSMO CLÁSICO A LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA	11
María del Socorro Rueda Fonseca	
LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA PRÁCTICA DE LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ	45
María del Socorro Rueda Fonseca	
EL DERECHO SOCIETARIO, CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS	85
Carlos Julio Giraldo Bustamante	
LA ACCIÓN POLICIVA PARA LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN O MERA TENENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR	111
Ana María Cortés Tamayo	
EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE TUTELA: ¿HACIA UN JUEZ DE TUTELA ESPECIALIZADO?	147
Gustavo Quintero Navas	
CONCLUSIÓN GENERAL DE LA TENDENCIA PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS	173
María del Socorro Rueda Fonseca	

PRESENTACIÓN

Este libro resuelve la pregunta de si es necesario en la determinación de las medidas cautelares innominadas que el juez despliegue una conducta garantista que permita el desarrollo del proceso o la solución de un conflicto llevado a juicio. Esto implica si las medidas cautelares innominadas seguirán el mismo tratamiento que por años han tenido las medidas cautelares taxativas. Para resolver tal duda se planteó una investigación que arrojará evidencias del quehacer de los jueces y las partes en los procesos que se tramitan ante los juzgados civiles del circuito de Bogotá. Así, se aplicó una encuesta que permitió exponer las motivaciones del auto que decreta o niega la medida cautelar innominada teniendo presente la discrecionalidad de los jueces y la creatividad argumentativa que evocan las partes ante la existencia de la amenaza o vulneración de un derecho. La determinación de esta cuestión situará al juez en una posición teórica de apertura o de apariencia cerrada similar a las medidas cautelares taxativas. Esta manera de expresar y justificar los actos judiciales va a generar discusiones importantes dado que determinará el enfoque que se le dará a estas medidas.

El punto de partida de las medidas cautelares innominadas descansa en tres rasgos. El primero de ellos y que las torna especiales, está relacionado con que estas medidas cautelares no se encuentran reglamentadas exhaustivamente en ley, por tanto, esa protección proviene de la construcción teórica razonada de cualquier situación que vaya en vía del amparo de los derechos amenazados o vulnerados no previstos en la ley. La segunda se relaciona con el juez y con el momento de su solicitud y decreto, bajo este particular se atiende el objeto en litigio encaminado para impedir la infracción o para evitar las consecuencias de daños directos e indirectos, o para prevenir los perjuicios que llegaran a causarse, o para hacer cesar

los que hubiere causado o para asegurar la efectividad de la pretensión. Y la tercera precaución, que es prácticamente un efecto y que ha de tenerse en cuenta, es que las medidas cautelares tienen dentro de sus puntos remediales la posibilidad de concretar anticipadamente la sentencia para evitar una lesión grave e irreparable al derecho vulnerado o amenazado o simplemente será un acompañamiento adicional que se suma a todas las fases del proceso hasta su finalización.

Todos estos rasgos y argumentos tendientes a amplificar el criterio de las medidas cautelares innominadas hacen indispensable determinar qué está sucediendo en la práctica no solo en el ámbito de los jueces sino en las áreas societaria, policiva y contenciosa administrativa. Estas preguntas se desarrollarán en los siguientes capítulos: “Del europeísmo clásico a la medida cautelar innominada” y “Las medidas cautelares innominadas en la práctica de los juzgados civiles del circuito de Bogotá”, de María del Socorro Rueda Fonseca; “El derecho societario, campo de aplicación de las medidas cautelares innominadas”, de Carlos Julio Giraldo Bustamante; “La acción policiva para la protección de la posesión o mera tenencia como manifestación de la tutela cautelar”, de Ana María Cortés Tamayo; y “Eficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y su relación con la acción de tutela: ¿hacia un juez de tutela especializado?”, de Gustavo Quintero Navas.

DEL EUROPEÍSMO CLÁSICO A LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA *

María del Socorro Rueda Fonseca**

* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.14>

** Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; profesora asociada en la misma universidad. Doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza. Es investigadora; destaca dentro de sus obras colectivas el libro *Derecho procesal civil*, coedición de editorial Temis y Ediciones Uniandes (Bogotá, 2009). *Texto electrónico de hipertexto de derecho procesal*, coordinado por ella (Bogotá, 2008). Publicó el libro *Fundamentos de derecho procesal*, con Señal Editora (2009). También es autora del libro *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Ediciones Uniandes (Bogotá, 2011). Es autora y codirectora del libro *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales*, Ediciones Uniandes y Temis (Bogotá, 2013) y del libro *El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch (Barcelona, 2015).

Quiero agradecer a Valentina Facundo, que colaboró en la investigación y escritura de parte de la introducción, sus aportes fueron evidentes en la concreción de este capítulo. Desde el año 2014 emprendimos con un grupo de estudiantes del curso de Argumentación en Procesos Civiles el estudio e investigación de las medidas cautelares innominadas. En nuestros debates nos vimos en la necesidad de estudiar la conciencia de dichas medidas. Valentina me acompañó en la estructuración de este tema; luego de una serie de discusiones teóricas de los textos logramos concentrar los esfuerzos en este acápite.

INTRODUCCIÓN

El derecho latinoamericano¹ es la conjunción del trasplante del derecho europeo continental, la influencia norteamericana y los distintos hechos históricos y sociales que caracterizan la zona. Esta región ha sido permeada por grandes enfoques de comparativismo transnacional², es decir, de acercamientos entre sistemas jurídicos de culturas foráneas, como la europea, la norteamericana y la latinoamericana, lo cual la hace un objeto de estudio muy particular, esencialmente en el ámbito jurídico.

La descripción de las etapas que forjaron el derecho latinoamericano son de vital importancia para entender por qué se han dado los cambios y modificaciones que resultaron en los derechos nacionales que conocemos hoy. El derecho colombiano al igual que el derecho en otros países latinos es producto de la mezcla de influencias extranjeras y de etapas históricas complejas³. Premisas bajo las cuales se analiza el derecho procesal y las

-
- 1 El derecho latinoamericano no hace referencia a un ordenamiento supranacional, sino a los ordenamientos nacionales que comparten la identidad de raíces del derecho romano con el derecho colombiano.
 - 2 Esquirol, Jorge L., *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, 2014, p. 19.
 - 3 Las reformas judiciales en Colombia se planifican en ciclos o etapas en las que se ejecutan proyectos propuestos de cooperación internacional, o se ponen en marcha las ideologías de las tradiciones europeas y norteamericanas difundidas por los juristas influyentes. También hay que agregar que el desarrollo del cuerpo de normas procesales proviene de los planes políticos que emprenden los gobernantes que ocupan cargos políticos de gran influencia. Esta suma de posibilidades permite considerar que el ejercicio de reformar no es una tarea solitaria que promueve cada país en su parlamento o gobierno, está estructurada desde bases disímiles y fuentes económicas distintas. La capacidad para reformar proviene de estrategias u objetivos transnacionales que superan los retos nacionales. Es una especie de reacomodamiento y mejoramiento de las políticas públicas que van en vía del desarrollo económico, social, cultural, ambiental, construcción de la paz, fortalecimiento de los índices de desarrollo humano y mejoramiento de la justicia.

medidas cautelares, específicamente desde la perspectiva del derecho latinoamericano y en particular el devenir de la norma colombiana.

En primer lugar se establecerá cómo el derecho colombiano fue construido sobre las bases del derecho continental europeo, que fueron trasplantadas con mínimas modificaciones, desde la época de la Colonia⁴. Factor legitimador, al cual se aferraron hasta hoy los juristas nacionales, hasta el punto en que *copiaron*, de cierta manera, un sistema jurídico que estaba creado para una realidad social muy distinta a la local⁵. De hecho el doctrinante Jorge L. Esquirol afirma que

Los códigos, las culturas profesionales del derecho latinoamericano tienen de hecho su origen en Europa [...] la respuesta sitúa en primer lugar la importancia de los juristas latinoamericanos para defender una fe extranjera. Esta fidelidad característica, lo que le da al derecho latinoamericano *originalidad* como derecho europeo y por lo que es bastante irónico. En lugar de incorporar las condiciones locales, se limita a reafirmar la identidad europea del derecho latinoamericano⁶.

A partir de esto se afianza la idea de que el derecho latinoamericano y el colombiano son extensión del derecho europeo, a pesar de que “no coincidían con las prácticas jurídicas de Europa”⁷. De igual manera se entenderá que como esto generó un distanciamiento importante de la realidad social del país, se desencadenó un círculo vicioso de funcionamientos inadecuados y contradicciones internas en el sistema jurídico nacional. Esto me permite afirmar que el resultado obtenido fue un *esfuerzo fallido*⁸, que para todos los efectos significa no cumplir el objeto para el cual fue incorporado el derecho europeo, por ende, se constituyó en un sistema de derecho fallido⁹ como tal.

Partiendo de esa premisa, se explicará cómo inicia la segunda etapa de influencias externas sobre el derecho latinoamericano y el derecho colombiano¹⁰, en gran medida debido al complejo contexto histórico que enmarca la época. Esta, en particular, estaba impregnada de violencia, inaplicación del derecho y las leyes, partidos políticos inestables, corrupción, diferencias

Puede consultarse sobre el tema Vásquez Alfaro, Mónica. *La ciencia útil: una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Ediciones Uniandes, Universidad del Norte, Barranquilla, 2016.

4 Vásquez, *op. cit.*, pp. 15 a 60.

5 Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, p. 38.

6 Esquirol, *op. cit.*, p. 118.

7 *Ibidem*, p. 38.

8 “Cuando las instituciones actualmente existentes en el derecho en países de Latinoamérica son caracterizadas como un fracaso, estas evidentemente se desacreditan de manera muy profunda”. Esquirol, *op. cit.*, p. 362.

9 Esquirol, Jorge. *Derecho fallido en América Latina*, documento en discusión, 21 de mayo del 2008.

10 Vásquez, *op. cit.*, pp. 61 a 116.

sociales y falta de desarrollo económico, entre otros¹¹. Razón por la cual, intervienen agencias gubernamentales de países más avanzados, fundamentalmente de Estados Unidos, para fomentar proyectos de cooperación e impulsar el desarrollo con apoyo financiero para programas internos y para análisis de la situación crítica en la que se encontraba el país en ese momento. Lo que, de cierta forma, marcó los cambios estructurales en la economía y, por supuesto, de la mano iban los cambios estructurales del derecho local para que permitieran la reestructuración. Estos apoyos y fomentos extranjeros han caracterizado de tal manera nuestro ordenamiento jurídico.

Los esfuerzos reformistas son en parte el objeto de estudio de esta presentación, como es definir y enmarcar dichos esfuerzos dentro de una corriente desarrollista y antiformalista, necesaria para consolidar la base de nuestro ordenamiento como un sistema jurídico puramente colombiano, que atiende las necesidades y las realidades sociales del país.

Para aterrizar la reconstrucción del campo disciplinar en el ordenamiento jurídico se utilizará como ejemplo el reciente desarrollo e implementación del Código General del Proceso que constituye un paso y ejemplo conceptual de un derecho que ha permanecido en constante lucha contra el fallidísimo¹². En esta reforma se introduce una figura jurídica que nos puede dimensionar el esfuerzo por incorporar instituciones, que a pesar de ser trasplantes, constituyen la representación concreta para advertir que la dogmática procesal y la técnica contingente del proceso concitan la exploración de ajustes en la recepción del derecho científico que impera en el derecho de los jueces y la administración de justicia. Para explicar los contornos de estos componentes del campo disciplinar emprendimos la tarea de estudiar las medidas cautelares innominadas, y para consolidar datos empíricos aplicamos una encuesta semiestructurada en los jueces civiles del circuito de Bogotá (agosto y septiembre del 2014) con un grupo de estudiantes del curso de Argumentación de Procesos Civiles de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (2014). Posteriormente, en la comunidad universitaria se despertó la necesidad de escribir un libro sobre el tema en el que participó la destacada estudiante de derecho Ana María Cortés Tamayo y nos colaboró un grupo de profesores (Ana María Muñoz, Patricia Moncada, Diana Durán, Faridy Jiménez); así mismo, escribieron para el libro: Carlos Julio Giraldo y Gustavo Quintero.

Las medidas cautelares innominadas permiten visualizar la brecha existente entre el derecho procesal europeo de los siglos XIX y XX y la recepción de dichas teorías en los códigos civiles procesales, y entender cómo

11 Esquirol, *op. cit.*, p. 65.

12 Esquirol, *op. cit.*, p. 43.

aterrizaron estas ideas en el derecho colombiano y el efecto que tienen para su ejercicio. Nada más útil que estudiar las medidas cautelares innominadas para comprender que el derecho procesal latinoamericano sufre una especie de estancamiento, y que es meritorio expandir las investigaciones para demostrarle a la comunidad científica cómo a través de la investigación aplicada se puede reenfocar el campo crítico de la disciplina.

Para avanzar en nuestro propósito es importante acercarnos previamente a algunos aspectos de la historia del derecho procesal en Colombia. Al revisar sus tensiones podemos observar la influencia del desarrollismo desde la década de los setenta, protegida por las corrientes reproductoras de la dogmática vitalista de la escuela italiana¹³. Es relevante descubrir los paradigmas que protegen las medidas y cómo, a pesar de ser una institución arraigada en el esquema del proceso europeo en el continente latinoamericano, ha venido escalando nuevas fronteras. Se intentará encontrar las explicaciones del marco típico que han surcado estas medidas, por qué han permanecido los conceptos de síntesis de taxatividad, por qué se implementan en la cultura de nuestros códigos y, sobre todo, se buscará encontrar por qué los jueces (los civiles, no se predica de las autoridades judiciales con funciones jurisdiccionales o los jueces contenciosos administrativos) han mantenido un acceso tímido a su implementación.

La directriz de este trabajo conlleva a acortar dos extremos distantes, que se distinguen por el paso del tiempo, esto es *la demanda* y *la sentencia*. En Colombia, estas dos fases están alejadas, que hasta parece utópico culminar un proceso por esta opción. Hemos visto que las medidas cautelares taxativas no han contribuido a acortar tal distanciamiento; aún se observa que cada año en el campo civil se quedan más de un millón de casos sin decisión y otro tanto pendiente de ejecución¹⁴. Con modestia se anuncia que las medidas típicas se orientan a proteger derechos que no son la figura de la *litis*: el conflicto. Cambiando el contenido del objeto y eje así como morigerando los presupuestos de las medidas cautelares podemos anhelar efectos propios de la física cuántica en el proceso civil. Un efecto que se produce al suavizar las categorías en las que se mueven las medidas cautelares innominadas cultivan acercar la demanda y la sentencia, ese tiempo se doblaría y enfrentaría una fase con la otra. Veremos en detalle, con las encuestas aplicadas a algunos jueces civiles del circuito de Bogotá, que los desafíos están a la vuelta de la esquina al descubrir las talanqueras que no permiten que el tiempo se acorte.

Podríamos señalar que al elevar a poca distancia el efecto de las medidas cautelares innominadas cambiaría el centro de gravedad del proceso

13 Vásquez, *op. cit.*, pp. 6 a 7.

14 Cámara de Comercio, Ministerio de Justicia y otros. *Gran encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas*. Resumen ejecutivo, Bogotá, 2014, pp. 5-8.

civil; se pensaría más en la propuesta de las posibles medidas cautelares que en las mismas pretensiones; minar el conflicto de los sujetos con posibles soluciones planteadas con la potestad cautelar implicaría un cambio rotundo en el esquema del proceso, sus fases e incluso podría a llevar a refrescar otras formas de litigio preventivo.

Sin duda son los jueces y las partes los que amplificarán los criterios de ponderación en la toma de decisiones sobre estas medidas. La noción de proporcionalidad fluirá y tomará peso la relación de la prueba sumaria con el decreto de ellas. No nos cabe duda de que hay miedo y algo de desconocimiento de los efectos que pueden producir su decreto, los jueces inferiores están sometidos a los superiores, y esa línea plantea dominios de conciencia élite que podrá advertir los pormenores del cambio.

Abiertas las ideas de nuestro trabajo, sigamos con el hilo del estudio que nos anticipa históricamente a una explicación que subyace en el ordenamiento procesal y nos permite entender las razones del cambio en el tema que hemos escogido.

CONTEXTO HISTÓRICO-TEÓRICO DEL DERECHO PROCESAL EN COLOMBIA

El europeísmo¹⁵

Las normas que componen el derecho de los países latinoamericanos han sido directamente trasplantadas de códigos europeos desde la mitad del siglo XIX¹⁶. La influencia del europeísmo fue extensa en la cultura, en las artes y en la academia, así como en el ámbito del derecho convirtiéndose este fenómeno en instrumento legitimador para avances teóricos, jurídicos y políticos.

En Colombia, la legitimación con conceptos jurídicos extranjeros aún persiste, un ejemplo de ello es la formación académica en las facultades de derecho que incorporan en su p^énsum doctrina extranjera, la cual sigue impactando el pensamiento que estructura la creación del derecho.

En este sentido se explica la lenta evolución de las normas procesales, cuyas raíces se mantienen arraigadas en la visión europeísta y en los conceptos tradicionales y conservadores, al igual que los contextos políticos caóticos. Ejemplo de esto fue el periodo de finales del siglo XIX, como se explica a continuación.

15 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Definición de *europeísmo*, "Predilección por lo europeo".

16 Esquirol, *op. cit.*, p. 37.

En 1887, mediante la Ley 57, se intentó unificar un Código de la Unión, que acogió el Código Judicial de 1872, además de las múltiples normas promulgadas en el periodo entre 1821 a 1887¹⁷. El reto del momento consistió en identificar las normas procesales vigentes, lo cual se convirtió en la tarea de uno de los procesalistas más antiguos del país, Antonio José Rocha. Dicho autor compiló las normas procesales bajo la teorización proveniente de la exégesis francesa como base para la unificación¹⁸.

Tres décadas después se promulgó la Ley 103 de 1923¹⁹, redactada por el mismo autor que regulaba el procedimiento civil; sin embargo, por fuertes tendencias tradicionalistas, se deroga para reinstaurar la vigencia de la Ley 87. Esto tuvo impacto en el desarrollo legislativo nacional, dado que generó una pausa en su evolución. En comparación, en otros países latinoamericanos ya se estaban redactando los códigos escritos por Andrés Bello y Luis Claro Solar.

En ese entonces, la práctica jurídica estaba orientada hacia el pragmatismo jurídico, en donde el *expertise* en materia jurídica se adquiría por fuera de las aulas universitarias y de manera netamente empírica. El interés primordial de los operadores jurídicos no era la aplicación de la ley como tal, sino suplir los vacíos jurídicos que predominaban en la época, en respuesta a la ineficacia del ordenamiento²⁰. “Este concepto de derecho que requería un buen aporte del pragmatismo instrumental y una mayor conexión con la ciudadanía local”²¹. Esto empezó a cambiar con la llegada de los distintos códigos y manuales jurídicos de Europa, lo cual despertó el interés por adoptar y crear manuales jurídicos colombianos “europeizados”. Hubo gran influencia de teóricos procesalistas italianos como Calamandrei y Chiovenda y el iusteórico francés Geny, de la escuela de Bolonia entre otros, lo cual se vio reflejado en la redacción de la literatura jurídica latinoamericana y colombiana que se regocijaba por estar a la altura de las tendencias europeas y que hasta hoy sigue vigente²².

Sin embargo, en 1956 hubo una propuesta de reforma procesal liderada por destacados profesores y magistrados colombianos, fundamentados en la idea de aplicar un derecho procesal autóctono y rechazar los modelos trasplantados directamente de las tendencias y códigos de otras culturas²³. Infortunadamente, esta propuesta fracasó porque la corriente prevalente

17 López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, 11 ed., tomo I. Bogotá: Dupré, 2012, pp. 42-45.

18 Rueda Fonseca, María del Socorro, *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales*, cap. v. Necesidad de reinventar el derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Temis, 2013, p. 147.

19 Rueda, *op. cit.*, p. 148.

20 *Ibidem*.

21 Esquirol, *op. cit.*, p. 101.

22 Rueda, *op. cit.*, p. 149.

23 *Ibidem*, p. 150.

seguía siendo profundamente europea y tradicionalista, lo cual impregnó el código procesal de 1970²⁴. Dicha reforma procedió en virtud de la posición del grupo de teóricos tradicionalistas y conservadores, que rechazaban un cambio radical hacia un derecho “criollo”, ateniéndose a la tendencia general y tradicional de legitimación que le atribuían al derecho continental.

De nuevo, por estas ataduras al derecho clásico, formalista e impropio de nuestra sociedad, el proceso de transformación sustancial tan ansiado, en el área procesal, queda en gran medida suspendido por más de tres décadas.

El derecho imperfecto

A manera de conclusión se analizan los efectos de la influencia extranjerizante en el pensamiento latinoamericano y la autodefinition política que generó un desarrollo desordenado y cíclico en la sociedad y, por ende, en las instituciones en formación después de los procesos de independencia²⁵.

Como se expuso, la cultura tradicionalista y formal ha sido la mayor característica de la lenta evolución del derecho y su creación. En las distintas críticas del comparativista René David sobre el derecho latinoamericano, expuestas en sus textos²⁶ elabora la relación intrínseca del derecho y la sociedad desde una perspectiva sociológica y en virtud de un principio de coherencia y los desarrollos de un sistema jurídico nacional²⁷.

El resultado o efectos de la asimilación de las sociedades locales a una Europa idealizada generaron y profundizaron muchas de las problemáticas locales que deberían estar atendiendo el marco del derecho, entre otras, la desigualdad, la politización de la justicia, la pérdida de confianza en el aparato judicial y el aislamiento de dicha rama, que son impedimentos para el diálogo necesario e intrínseco del derecho con su sociedad²⁸. Dice Esquirol al respecto: “Las entidades jurídicas de Latinoamérica se han creado en las mismas condiciones de historia política y social de los estados que les dieron forma; por tanto, en ella se han dado experiencias muy traumáticas de gobiernos autocráticos y dictatoriales”²⁹.

El desconocimiento de los fundamentos de la sociedad y su idiosincrasia por parte del ordenamiento jurídico han caracterizado el derecho latinoamericano y, por ende, el colombiano. La cultura de mantener semejanza

24 Rueda, *op. cit.*, p. 151.

25 López, *op. cit.*, p. 45.

26 David, René, *L'Originalité des Droits de L'Amérique Latine y Le droit comparé: le droit d'hier, le droit de demain*, citados por Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, p. 104.

27 Esquirol, *op. cit.*, p. 132 (aunque dicho autor defiende un derecho europeo para Latinoamérica).

28 Esquirol, *op. cit.*, p. 107. Véase, en general, Homi K., Bhabha, *The Location of Culture*, Londres: Routledge, 1994.

29 Esquirol, *op. cit.*, p. 366.

con un derecho extranjero fue el motor de la desconexión entre el derecho y la sociedad local, lo cual mantuvo, a lo largo del tiempo, las injusticias de la época colonial. La inequidad y la brecha social —que aún persisten— fueron fomentadas por la inestabilidad de las instituciones y la falta de un derecho equitativo, real y acorde con el desarrollo de las comunidades.

Es importante resaltar la época de aislamiento y el significativo atraso económico en Colombia por distintos factores que generaron una marginación de la incipiente globalización. En esta época prevalecía la corrupción, la inestabilidad y, en general, la falta de presencia y control del Estado³⁰, lo cual es suficiente para tildarnos de “estado fallido” en consonancia con lo expuesto al respecto. Por la década de los sesenta inicia la época de las reformas desarrollistas impulsadas³¹ no solamente en Colombia sino en Latinoamérica, ola de interés de los países “desarrollados” por fomentar proyectos de cooperación internacional. Generalmente, patrocinados por Estados Unidos, el Banco Mundial, organizaciones no gubernamentales internacionales, etc., diseñados para impulsar las economías locales y propiciar la competencia en mercados internacionales, en un mundo globalizado y neoliberal. Sin embargo, es importante establecer que “en ese campo transnacional no hay diálogos significativos entre los latinoamericanos, excepto cuando se convoca alguna comisión regional ocasional para redactar proyectos de leyes modelos o los esfuerzos promovidos por la Usaid”³².

Los proyectos de desarrollo buscaban atender las problemáticas sociales, muchas de las cuales se originaban en la ausencia de un marco jurídico congruente con la realidad en Latinoamérica y Colombia. Sobre lo cual expresa Esquirol: “en ese mismo sentido el derecho estatal latinoamericano no parece ser adecuado para el mismo tipo de racionamiento jurídico o debates político-jurídicos que se dan en Estados Unidos o Europa”³³.

Estas reformas respaldadas en ideologías y teorías económicas desarrollistas y para los países en vía de desarrollo, se orientaban a promover el progreso y la suficiencia económica, por ende, formularon propuestas en torno al acceso eficaz a la justicia, la educación jurídica, y se defendió como “crucial una concepción diferente del papel del derecho en la sociedad”³⁴.

Sin embargo, el nuevo concepto pragmático y contrario al formalismo jurídico no tuvo cabida en la formulación del derecho de la época, principalmente por el arraigo tradicional, conservador del derecho y sus instituciones. La intención de diagnosticar el derecho imperfecto o fallido

30 *Ibidem*, p. 65.

31 *Ibidem*, p. 199.

32 *Ibidem*, p. 67.

33 *Ibidem*, p. 77.

34 *Ibidem*, p. 169.

quedó como iniciativa para reformas posteriores, sobre las cuales se hablará a continuación.

La semilla que sembraron los proyectos de cooperación y enfoque al desarrollo de las décadas de los sesenta y setenta, la propuesta de reforma inicial para mitigar las diferencias económicas y la inestabilidad judicial que perpetúa la brecha entre el derecho y la realidad social dejaron una huella en el pensamiento colectivo.

A raíz de esto se comienza a crear conciencia de alguna manera en un grupo de juristas progresistas locales, que buscaba alejarse de la corriente descrita de la doctrina jurídica en Colombia y Latinoamérica. Son ellos los que empiezan a cuestionar la eficacia del sistema jurídico como tal, a estudiar los recursos y las bases institucionales para formular y proponer una reforma que transformará el marco jurídico incongruente y formalista vigente.

El diagnóstico de la realidad jurídica y las causales que generaron el distanciamiento entre el marco de normas y la sociedad es una visión que de forma creciente nos concierne hoy. La propuesta desarrollista empezó por aceptar que la distancia entre el derecho formal y las necesidades locales abrió la posibilidad de pensamiento diferente e innovador para buscar reflejar el interés ciudadano en la creación del derecho que protege y garantiza los derechos de las personas frente a las normas. Los desarrollistas o innovadores necesariamente encuentran como causa de las fallas del derecho en los sistemas jurídicos, una corriente formalista y legalista definida como posición “anacrónica, marginal y (que) funcionaba mal”³⁵.

Hoy, es de reconocimiento común que el derecho extranjerizante no se orienta a la finalidad de las instituciones y de los procesos judiciales en el país. En ese sentido, el reenfoque debe hacerse sobre las normas del derecho procesal civil, alinear a la función social del Estado y sus normas.

Impulso desarrollista en Colombia

Gracias a la remanencia del progresismo e impacto del pensamiento desarrollista contemporáneo, algunas propuestas de reformas han sido impulsadas. De las cenizas del desarrollismo implementado a finales del siglo xx surge el movimiento “neodesarrollista” de algunos juristas que han promovido una nueva corriente de reformas jurídicas, que se enuncian más adelante, con la intención de crear un código unificado sobre el proceso desde el año 2003³⁶.

35 *Ibidem*, p. 192.

36 Rueda Fonseca, María del Socorro, *La raíz del Código General del Proceso*, libro colectivo, Barranquilla: Ediciones Uninorte, Universidad del Norte, Ibáñez, 2014, p. 9.

En primera instancia, se parte de la etapa desarrollista que, como se dijo, dejó un impacto en los juristas contemporáneos y progresistas que entablaron una búsqueda de propuestas para modernizar el derecho existente a fin de garantizar derechos fundamentales y de crear un marco jurídico estable, accesible y efectivo. Una de estas propuestas era “salir de la zona de confort en la elaboración de las leyes”³⁷, la cual ha sido la mayor talanquera de las reformas propuestas en el pasado. Es decir, la conformidad con las raíces se constituye en impedimento para la innovación y el acercamiento a las necesidades sociales. Por ende, se debe tomar como punto de partida la herencia que dejaron los juristas tradicionalistas y formalistas para la estructuración de un ordenamiento más complejo, robusto y aterrizado a nuestro país. Un ejemplo de esta vía de creación es la Constitución de 1991. Dado que el constituyente sale de la zona de confort, toma la herencia de las constituciones pasadas y realiza un quiebre histórico al incorporar un sistema innovador de protección y garantía sobre los derechos fundamentales de las personas.

En la misma línea de pensamiento, dos décadas después surgió la iniciativa del grupo redactor del nuevo código procesal para modernizar y actualizar los instrumentos básicos de la vía judicial.

Podemos afirmar que el modelo desarrollista, que se transformó en un neodesarrollismo, estableció las oportunidades para todos los miembros de la sociedad de acceder a una rama judicial efectiva y activa. En palabras del Instituto de Derecho Procesal Colombiano y el grupo redactor del Código General del Proceso

se concluyó que era necesario explorar alternativas para dotar a Colombia de un proceso realmente efectivo, accesible, rápido, moderno y económico, características imprescindibles para garantizar el debido proceso, humano y justo, que es presupuesto para el bienestar, la equidad, la armonía social y la paz³⁸.

Con estos pilares, por consiguiente, se da inicio a una nueva ola de creación del derecho en Colombia, en donde lo fundamental recae sobre las personas y sus derechos y cómo cumplir con garantizarlos.

EL PROCESO DE CAMBIO

En esta segunda parte se concretan las premisas que se expondrán a lo largo del siguiente capítulo, en el sentido de demostrar cómo las medidas cautelares en Colombia son un ejemplo del avance hacia el proceso de creación de un derecho autóctono, y se establecen aquellas condiciones de

37 Rueda, *op. cit.*, p. 2.

38 Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Introducción a la página web <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html> (consultada el 6 de octubre del 2015).

pensamiento conservador y tradicionalista que arrastra aún la normativa colombiana.

Ruptura –parcial– de los paradigmas

En el 2012 el proceso histórico de reformas procesales culminó cuando se logró modificar el régimen procesal anterior, por medio, de la expedición del Código General del Proceso³⁹ (en adelante CGP). Con esto se buscó ajustar las normas existentes a la realidad social y política del país, con la intención de crear mecanismos más accesibles a la justicia.

Sin embargo, esta iniciativa de formación del nuevo código procesal, infortunadamente no estuvo del todo librada de la fuerte tendencia conservadora y tradicionalista, en la forma de derecho vigente y dominante⁴⁰ en el proceso. Dicha intención de disminuir la brecha entre el derecho y la sociedad, como plataforma para una buena creación de instituciones jurídicas y normativas se consolidó de forma parcial. La razón de esta premisa ocurrió al dejar fuera de la construcción del código, el fundamento tanto del componente empírico como los estudios sociológicos que plasman la realidad que se debe recoger en la codificación, entre otros factores.

Sobre la redacción del CGP predominaron “propuestas de los últimos treinta años en la legislación procesal civil colombiana; es decir, su desarrollo ha sido circular y siempre reinante en una sólida y cómoda postura de construcción normativa”⁴¹. Es decir, no logró salir de la zona de confort, dado que se sigue volviendo a las mismas bases. Se mantuvo el apasionamiento por la dogmática jurídica tradicional⁴², que no ha permitido que los textos novedosos disten de aquellos que están reemplazando, como es el caso del CGP con el antiguo Código de Procedimiento Civil.

No obstante, es importante resaltar el esfuerzo del grupo de redactores del CGP, que indiscutiblemente, son pioneros, abrieron una puerta a las posibilidades de transformación hacia un derecho atinado y efectivo. Estos efectos positivos se demostrarán en los avances logrados en materia de medidas cautelares⁴³. Para esto, se debe hacer un recuento teórico de esta figura y las modificaciones que ha tenido en la legislación colombiana desde el Código de Procedimiento Civil al CGP.

39 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 del 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* 48489 de 12 de julio del 2012.

40 Esquirol, *Derecho fallido en América Latina*, 21 de mayo del 2008, documento en discusión.

41 Rueda, *op. cit.*, p. 9.

42 Gedipro, *Las propuestas de codificación procesal civil merecen un giro histórico*, capítulo II, Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales. Coordinadora y coautora, María del Socorro Rueda Fonseca, Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis, 2013, pp. 107-109.

43 Código de Procedimiento Civil, libro cuarto, Medidas cautelares, títulos xxxiv y xxxv.

Las medidas cautelares

La Corte Constitucional las define de la siguiente manera:

las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido⁴⁴.

Lo cual define la función de la medida cautelar, prevenir provisionalmente las posibles contingencias que puedan venir sobre los bienes o las personas que intervienen en un proceso judicial. Es decir, aportan garantía y eficacia a la futura sentencia mientras el juez la profiere. El principio que rige esta figura es la igualdad procesal. La doctrina amplía el concepto fundamentada en dos conceptos: la imposibilidad de obtener justicia inmediata y el lapso de tiempo que toma un proceso judicial. Estas dos circunstancias generan riesgos, como el detrimento patrimonial, que le restan eficacia a una sentencia. Según Calamandrei, las medidas cautelares surgen de la necesidad de hacer “pronto” con un hacer bien⁴⁵. Es decir, son el medio para evitar los efectos que se puedan producir durante todo el trámite procesal, porque como lo indica Rendeti, “de poco servirían las decisiones judiciales, si entre tanto se han escapado los bueyes”⁴⁶. En el caso de nuestra realidad sociojurídica, el acceso a la justicia es limitado y demorado, por ende, las medidas cautelares cobran especial sentido y son de gran utilidad.

A pesar de la doctrina y la realidad social que piden los beneficios de tales medidas en Colombia, durante más de tres décadas por las causas históricas expuestas, el ordenamiento jurídico se mantuvo renuente a implementarlas con el campo de acción requerido para su efectividad en todos los casos y los ámbitos del derecho.

Ejemplo de esto es la reforma que incluyó el Código de Procedimiento Civil de 1970, que logró recopilar parte de las medidas cautelares, pero de manera parcial, debido a que únicamente se consagraron aquellas que recaen sobre bienes y derechos reales, como (1) la inscripción de la demanda, (2) el embargo, (3) el secuestro, (4) la guarda y aposición de sellos

44 Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 2004, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

45 Calamandrei, Piero, citado por Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, Madrid: Artes Gráficas, 1976, p. 229.

46 Rendeti, Enrico, *Derecho procesal civil*, tomo II, Buenos Aires: E. J. E. A., 1971, p. 243.

y (5) las cauciones, a pesar de que ya existían medidas cautelares sobre personas, como aquellas que se decretan en procesos de familia⁴⁷.

Estas medidas fueron concebidas de manera taxativa y limitada, y están sujetas a que la norma las contemple dentro del proceso. Como expresa el doctrinante procesalista Hernán Fabio López en su texto *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*: “La importancia de las cauciones y de las medidas cautelares aún no se había entendido adecuadamente en nuestro medio y, por ello, su regulación era incipiente y tímida”⁴⁸.

A pesar de que no fueran de gran efectividad por las limitaciones conceptuales y teóricas que las ataban, estas figuras jurídicas ya habían conllevado una evolución. Como se ha expuesto, esa evolución ha mantenido el formalismo tradicional y lento. La reforma va más allá del concepto, tiene influencia sobre la forma en que se aplica por los operadores jurídicos. Son ellos los que en gran medida le dan o no la amplitud necesaria al campo de acción de la medida cautelar.

Tradicionalmente, la doctrina sostenía que además de la autorización legal para aplicar una medida cautelar, existen dos requisitos necesarios para decretarla (1) el *periculum in mora* y (2) el *fumus boni iuris*, es decir, la evidencia de peligro de un posible daño latente y verosimilitud del derecho invocado⁴⁹. El examen para determinar si estos dos componentes estaban presentes lo hacía el juez de manera preliminar o durante el proceso, muchas veces sin pruebas suficientes para poder determinar su aplicación. Ante lo cual la opción del juzgador se abstuviera de decretarlas.

Sin embargo, la exigencia de apreciación por parte del juez de los requisitos mencionados fue una de las modificaciones que introdujo la reforma procesal de 1970, en la cual eliminó tal requisito de naturaleza subjetiva, buscando suplir la función de discrecionalidad del juez; por este motivo incluyó taxativamente los casos en los que había lugar para decretar medidas cautelares.

Las reformas procesales han ido perfilando y haciendo evidente la utilidad de esta figura, no obstante, por la naturaleza proteccionista del sistema jurídico y la desconfianza del legislador ante la discrecionalidad del juez, conducen a la abstención de su aplicación por su parte.

De igual manera, como la finalidad de las medidas cautelares clásicas era mantener el estado de las cosas en el momento de decretarlas para prevenir un daño futuro adicional, en este sentido, la medida cautelar estaba restringida al conocimiento que el juez tuviera de la situación fáctica y a lo

47 López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, capítulo xvii, Bogotá: Dupre, 2009, p. 1021.

48 López, *op. cit.*, p. 1021.

49 López, *op. cit.*, p. 1031.

contemplado en la norma. Es decir, las medidas cautelares fueron contempladas con el objetivo de evitar que la duración del proceso se derivara en hacer improductiva la sentencia, con respecto a que para el momento en que esta se produzca, ya el demandado se hubiera insolventado o afectado el estado inicial del bien en cuestión. Por lo tanto, las medidas del embargo, el secuestro, la inscripción de la demanda, entre otras, eran el recurso mediante el cual, el juez podía evitar una situación de esta índole conservando su estado inicial.

Para profundizar en la finalidad de conservación del *statu quo*, con la descripción de algunas de las medidas preventivas tradicionales, se observa en la norma la tendencia a evitar la alteración o modificación del estado de las cosas, por oposición a la intervención activa del juez. A continuación se describen, de manera general, algunas de las medidas clásicas.

Sobre las medidas cautelares típicas

En primer lugar, se debe hacer alusión a la inscripción de demanda, porque es la forma de dar conocimiento a terceros, por la disputa sobre un bien o un derecho. De cierta manera, esta es la finalidad de todas las medidas cautelares: evitar que el demandado aproveche el lapso del proceso para enajenar el bien disputado o insolventarse, y obviar el cumplimiento de la pretensión del demandante y la sentencia misma. Especialmente, evita que en el proceso el demandado invoque la buena fe de sus actos.

La inscripción de la demanda consiste en registrar la providencia judicial que la decreta en la oficina de registro correspondiente al bien disputado⁵⁰. Esto anterior no saca el bien del comercio, pero sí garantiza que cualquier adquirente de los derechos reales sufra los efectos de la sentencia⁵¹. Lo cual sería de gran utilidad en cualquier tipo de proceso y ante cualquier situación fáctico-jurídica. Sin embargo, la inscripción de la demanda, al igual que las demás medidas cautelares, tiene una aplicación restrictiva, en la medida en que están sujetas a la taxatividad de las normas procesales en esta materia.

Por su parte, el embargo contemplado en el título xxxv del Código de Procedimiento Civil es “el acto procesal o administrativo sustentado en una norma de derecho, que forme un bien específico perteneciente a una persona determinada, fuera del comercio”⁵². Mediante la inmovilización temporal del bien, el juez evita que el demandado disponga de este con el objeto de esperar a que este sea vencido en juicio y, dado caso, poder

50 García Sarmiento, Eduardo, *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, capítulo xii, Bogotá: El Foro de la Justicia, c. 1981, p. 130.

51 Código de Procedimiento Civil, artículo 690, numeral 1.º, literal a.

52 García Sarmiento, *op. cit.*, p. 244.

reparar a la parte demandante por los perjuicios causados. Es decir, es el medio para darle eficacia a la sentencia. Sin embargo, para darle real eficacia se debe proceder a inscribir el acto en la oficina de registro y, en algunos casos, se procede a secuestrar el bien, porque como lo explica García Sarmiento en su *Introducción al estudio de las medidas cautelares*:

No puede, pues, jurídicamente, haber inscripción eficaz o secuestro eficaz sin el acto judicial o administrativo que lo ordene, así como el auto sin la inscripción o sin el secuestro es incompleto e ineficaz, puesto que la enajenación del inmueble o del mueble no sujeto a registro antes de la inscripción o del secuestro es plenamente válida [...]⁵³.

En ese sentido, se puede inferir que estas tres medidas cautelares están interconectadas en términos de aplicación y utilidad. El citado autor explica adicionalmente que

El embargo, como cautela estrictamente taxativa, no lo autoriza la ley sino para asegurar [...] derechos reales en una universalidad, y por lo general, cuando dichos derechos tienen título o causa que por lo menos en principio y formalmente son indiscutibles⁵⁴.

Es decir, que además de los requisitos expuestos, se debe tratar de casos en los cuales el peligro en la demora sea casi evidente y cuando hay un derecho que sea perjudicado incuestionablemente.

Al conceptuar sobre el secuestro como medida cautelar y preventiva, similar al embargo, la finalidad del secuestro es salvaguardar temporalmente los derechos de los acreedores o demandantes frente a un posible fraude por parte del deudor demandado mientras se profiere la sentencia. En este caso, el secuestro cobra sentido para los bienes que no están sujetos a registro y como se mencionó, para aquellos embargados, puesto que es la forma de sacarlos del comercio provisionalmente y de manera tangible. García en el mismo texto citado indica que

de manera que cuando las cosas salen del comercio en virtud de su embargo, este es condición para su secuestro, y cuando el embargo se consuma con la inscripción del oficio librado por el juez en la oficina respectiva de registro (bienes inmuebles y naves y aeronaves), el secuestro, salvo las excepciones legales, es medida previa a los efectos jurídicos⁵⁵.

Como se demuestra, el hecho de que estas sean las principales medidas cautelares y que estén sujetas principalmente a derechos reales y a estar contempladas en las normas de derecho para casos específicos, deja ver que muchas situaciones no estaban cobijadas por el alcance de garantía para el cual están diseñadas. En varios casos el legislador no podía posiblemente prever su necesidad y, por evidentes razones, autorizar su decreto.

53 *Ibidem*.

54 García Sarmiento, *op. cit.*, p. 248.

55 *Ibidem*.

De igual forma, en incontables casos, el objetivo de la medida cautelar se utiliza para modificar el estado en que se encuentra la situación que produjo el conflicto inicial, por el perjuicio que está causando. Por lo anterior, se da un leve paso hacia adelante para dar lugar al segundo orden de estas figuras.

LA CLÁSICA TAXATIVIDAD POR OPOSICIÓN A LA INNOMINADA

Para elucidar el recorrido de las medidas cautelares en la historia y finalmente aterrizarlo en lo que son hoy, se explicará la transición que tuvo que dar nuestro ordenamiento desde uno de carácter rígido hasta uno más flexible y atinado.

Como se indicó, el derecho procesal colombiano se ha atenido a un esquema conservador y tradicionalista. De la misma manera, los jueces de la República bajo una formación con las mismas características, no cumplían una función activa en el proceso y estaban atados a las normas, que no cobijaban las necesidades reales. Por esto el proceso civil y el aparato judicial seguían siendo un medio ineficiente de protección para los ciudadanos.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares eran las herramientas disponibles para mitigar esta ineficiencia, nace una nueva tendencia para darle más amplitud a su campo de acción. En Colombia, esta tendencia no fue algo completamente novedoso, dado que, de manera teórica, se rescató un concepto que no tuvo acogida anteriormente. Este concepto pretendía alejarse un poco de la finalidad estrictamente conservativa de las medidas cautelares, basado en la distinción que propuso Calamandrei⁵⁶ sobre el objetivo de estas. Según el autor italiano, estas atendían a dos objetivos. El primero era darle eficacia al proceso y la futura sentencia —como se explicó— conservando el equilibrio procesal; y el segundo, adoptar una decisión provisional anticipándose al fallo.

Por lo anterior, se da lugar a las medidas anticipatorias, que son aquellas que buscan alterar el estado de las cosas que está causando perjuicio, para darles una garantía inmediata a los derechos de quien acudió a la vía judicial. Lo anterior, siempre y cuando esté en consonancia con la pretensión de este y haciendo una aproximación a lo que sería la sentencia.

Es la necesidad de la aplicación inmediata de la medida lo que marca la diferencia con la primera categoría —o sea las conservativas—, pues el juez, ante un daño inminente, actúa para evitar que el menoscabo perdure hasta tal punto que cuando la sentencia se profiera esta ya carezca de

56 Gozaíni, Osvaldo, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 586.

efectividad. Jorge L. Kielmanovich explica sobre los procedimientos de carácter anticipatorio que

[...] predomina la resolución urgente y actual del conflicto a partir de una regulación de trámites sumamente sencilla y de un conocimiento generalmente fragmentario, —en el sentido de opuesto al exhaustivo propio de los procesos de conocimiento—, cuyos pronunciamientos, por tanto, aparecen por ellos revestidos de la autoridad de la cosa juzgada formal en lugar de la material⁵⁷.

Según Calamandrei, la medida anticipatoria es equiparable a una providencia mediante la cual se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva⁵⁸, dado que, como plantea el mismo autor, se debe ponderar si hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde⁵⁹.

Este tipo de medidas ya tenía cimientos en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, en el artículo 659, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, establecía que “también se podrá decretar medidas de protección personal del paciente que el juez considere necesarias”. Es decir, en un caso en particular, referente a personas, el código investía del poder de decidir “libremente” la —medida de protección— que considerara adecuada. Pero, ciertamente, como se indicó, las medidas cautelares contenidas en el Código de Procedimiento Civil fueron producto de una compilación deficiente, y esta clase de medidas no fueron tipificadas ni unificadas.

De esta postura nace una nueva corriente en Latinoamérica, enfocada hacia darle más amplitud de discreción al juez, quien debe tener la potestad de intervenir en un hecho fáctico basándose en el derecho en sí, lo cual es la finalidad de un sistema jurídico ulteriormente. En otras legislaciones se mantuvo el concepto de las medidas anticipatorias, diferenciado de las innominadas o genéricas, pero por el contrario, en Colombia, se contemplan como una sola noción y únicamente fueron incluidas con la promulgación del CGP⁶⁰.

La ampliación del alcance y el campo de acción que se les ha dado a través del tiempo a las medidas cautelares, permite elucidar sobre el proceso de transformación que tuvo que sobrepasar una mínima parte de nuestro ordenamiento, para pasar de un marco netamente restrictivo y muchas veces obsoleto, a un espacio de integración, confianza y pragmatismo necesarios dentro de un proceso. Ya en esta medida se puede

57 Kielmanovich, Jorge L., *Medidas cautelares*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 17.

58 Kielmanovich, *op. cit.*, pp. 31-32.

59 Calamandrei, Piero, *Providencias cautelares*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1984, p. 43.

60 Cardona, Santiago et al., “Aproximación teórico práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias”. En *Revista Instituto de Derecho Procesal*, julio-diciembre, 2015, pp. 201-235.

ilustrar la importancia que tiene la inclusión de las innominadas en el sistema jurídico procesal colombiano.

EL PROCESO HACIA LAS INNOMINADAS

A pesar de que el derecho latinoamericano y el colombiano se hayan tildado por varias décadas de fallidos, esta expresión no puede generalizarse sin entrar a desmenuzar algunos elementos que lo componen. Indudablemente, el europeísmo —que tanto se critica—, no se puede dejar a un lado por el hecho de que es la estructura básica de nuestro ordenamiento local. Sin este, posiblemente se hubiera creado un derecho criollo autosuficiente para la época, como ocurrió con los operadores jurídicos no doctos en el derecho. Pero algunos de los fundamentos teóricos que han tenido acogida en el continente europeo también han servido como punto de partida para el mejoramiento en los ordenamientos latinoamericanos. A pesar de que los elementos valiosos que tiene el ordenamiento están enmarcados dentro de un sistema que no se ha destacado por su efectividad o acertamiento a la sociedad, son herramientas que sirven de base para la reestructuración posterior, en el momento en que se pueda lograr. Cuando el trasplante jurídico se hace con un nivel especializado y sociológico de adaptación, se logran resultados importantes para avances del derecho.

Partiendo del *aquis legaux*, como define Jorge Esquirol en su documento en discusión⁶¹ las buenas prácticas legales que se van adquiriendo del funcionamiento de las instituciones jurídicas, se plantea una postura para la continuación para el progreso del sistema jurídico colombiano. Premisa que cobra sentido cuando se hace referencia al progreso que implicó incluir las medidas cautelares innominadas, porque su necesidad se hizo cada vez más evidente en el funcionamiento del aparato jurídico colombiano.

Específicamente en materia procesal, como ya se analizó, el esfuerzo del grupo redactor del CGP no deberá ser descartado del todo en las futuras reformas que se den, sino que debe ciertamente ser adaptado más y más a las necesidades y realidades sociales del momento. Este código, a pesar de haber sido conformado por un híbrido entre dos corrientes jurídicas opuestas (tradicionalista, progresista y neodesarrollista) tiene elementos que deben rescatarse posteriormente. Estos elementos son —como se expuso—, aquellos que sean de origen “criollo” y se hayan creado adaptados a la realidad social que vivimos hoy en día en el país.

61 Esquirol, *Derecho fallido en América Latina*. 21 de mayo del 2008. Documento en discusión.

Un trasplante exitoso

Las medidas cautelares innominadas, en sus primeras expresiones, estaban contempladas en el artículo 700 del Código de Procedimiento Italiano de 1940, que dice:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo⁶².

A pesar de estar tipificada la medida cautelar innominada en ese y en otros ordenamientos jurídicos europeos⁶³, este concepto no tuvo acogida en Colombia principalmente por el garantismo procesal que prevalecía sobre la posible discrecionalidad del juez.

Casi un siglo después, finalmente, se contempló este concepto para ser incluido en la legislación nacional. Con la inclusión del artículo 590 del CGP se introduce la medida cautelar innominada, ampliando el marco taxativo y restrictivo que contenía el Código de Procedimiento Civil. Con este cambio se estableció una mayor flexibilidad en el proceso declarativo, para proteger los intereses de las partes de manera aplicada y especializada en cada caso.

Este cambio hacia las medidas cautelares innominadas contribuye a darle mayor eficacia en el proceso, al mantener el *statu quo* entre las partes hasta que sea proferida la sentencia, sea cual sea la duración del proceso, pero a la vez permite la intervención necesaria para que sean de real utilidad en cada caso. En otras palabras, se convierte en el mecanismo más adecuado para proteger tanto el patrimonio de la contraparte, para anticipar cualquier acción que se tome en detrimento de esta, y proteger eficientemente los derechos de las personas, trascendiendo de un ámbito estrictamente patrimonial. Es decir, las innominadas recogen la esencia de las medidas cautelares como herramienta fundamental para combatir la ineficiencia o los perjuicios que cause la duración de un proceso. De igual forma, operan para mantener o modificar una situación personal en disputa, es decir, las medidas cautelares personales, las cuales quedaron por fuera de la reforma anterior, y que estaban esparcidas a través del código, en las normas que regulaban los diferentes procesos.

Este concepto es la base del cambio que necesita sobrellevar el ordenamiento jurídico procesal colombiano, dado que le da seguridad al proceso

62 Código de Procedimiento Civil Italiano, artículo 700, citado por Jairo Parra Quijano, *Medidas cautelares innominadas*, tomado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.

63 Cardona, Santiago et al., *op. cit.*, p. 10.

judicial, efectividad a las decisiones y confianza por parte de los usuarios. Esta medida es un pequeño ejemplo que demuestra cómo sí es posible confiar en criterios del funcionario judicial, sí es posible adecuar el derecho a las necesidades sociales y sí es posible aplicar la justicia para resolver efectivamente las disputas que se presenten.

Esta figura dista, en cierta medida, del legalismo absoluto que ha prevalecido en el ordenamiento latinoamericano y colombiano, al igual que el formalismo jurídico que limita el alcance del derecho. De igual manera, se asienta en la teoría general del derecho que indica que el derecho debe ser el reflejo innato de la sociedad que regula y que debe estar en constante cambio dinámico para ajustarse a las transiciones, problemáticas y tendencias que puedan permearla. Finalmente, en el ordenamiento jurídico se dan luces hacia la confianza en el criterio justo de un juez y no radica netamente en el derecho positivo. El hecho de que se pueda trascender de la taxatividad estricta hacia la aplicación del derecho a la medida de cada caso, ya es un avance notorio y gran ejemplo de creación del derecho.

A modo ilustrativo, vale la pena resaltar como estado del arte, los avances contenidos en el código procesal peruano y el argentino, en los cuales se puede apreciar, por medio de algunos de sus artículos, el valor que tiene la medida cautelar innominada en estos ordenamientos y el amplio campo de acción en que se aplican.

Derecho peruano

El ordenamiento jurídico peruano contempla un amplio mecanismo de medidas cautelares innominadas. En el Código Procesal Civil de Perú, en el artículo 629, se indica que “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”. La discreción del juez es teóricamente ilimitada, tan solo se recalca la finalidad de la medida cautelar como instrumento de cumplimiento y eficacia a la sentencia. Lo interesante de este sistema y de aquellos con medidas cautelares innominadas o genéricas, es que pueden darles una dimensión mayor a las medidas clásicas, como lo sería, por ejemplo, la inscripción de la demanda, cuya finalidad es principalmente conservativa, puede mutar en una anticipatoria dado que prevé la intención de la contraparte de enajenar el bien, y por su principio de publicidad, cuando ya haya una sentencia, tendrá prevalencia a quien obtuvo la medida⁶⁴. Adicionalmente, en el mismo código se contempla un proceso

64 Lama, Héctor; *La tutela cautelar*; Perú. *Red Iberoamericana de Magistrados*. Tomado de <http://www.rimjic.org/w> el 16 de noviembre del 2015.

cautelar autónomo⁶⁵ y las medidas pueden ser decretadas fuera o dentro del proceso con la salvedad de que se haga ante el mismo juez. Es decir, la característica accesoria de las cautelares se desdibuja en la medida que se contempla un proceso adicional dentro de los procesos civiles, aunque su autonomía sea meramente teórica.

La autonomía del proceso cautelar la explica Carnelutti de la siguiente manera:

[...] al no poderse considerar la providencia cautelar como una providencia incidental en el proceso de ejecución o en el de cognición, se debe admitir que corresponde a ella un tipo de proceso diverso del proceso contencioso de cognición o ejecución, al cual precisamente se le da el nombre de proceso cautelar⁶⁶.

Esta tesis se basa en el concepto de un proceso que no cumple una función en sí, sino es un medio para que cuando culmine el proceso principal, la sentencia sea efectiva. Que en otras palabras cumple el mismo efecto de la medida cautelar, simplemente que se eleva a la categoría de proceso. No obstante, esto le otorga una significancia adicional en los estatutos procesales y, por ende, una regulación nueva, atinada y con la finalidad de hacerlo un elemento de celeridad y garantía. La ventaja que esto podría implicar para el ordenamiento jurídico colombiano, si se incluyera de esta manera, es que abriría el paso de las medidas cautelares innominadas a cualquier tipo de proceso y ampliaría la garantía de derechos de los ciudadanos de manera general.

No obstante, en Colombia se rechazó esta propuesta, al clasificar las medidas cautelares como accesorias y de carácter instrumental y, en la medida, la finalidad de un proceso cautelar, que sería el cumplimiento de la ley y del fallo, se podría afirmar que todo proceso es cautelar⁶⁷.

Derecho argentino

De manera similar al derecho peruano, en el ordenamiento jurídico argentino se entiende la medida cautelar innominada como la herramienta necesaria para darle la celeridad, la precisión y la eficacia que todo proceso debe brindar. Esta figura se encuentra regulada desde 1988 con la promulgación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁶⁸. Según la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina,

65 Código Procedimental Civil de Perú, artículo 635, Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.

66 Carnelutti, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, Barcelona: Bosch, 1942, p. 213.

67 López, *op. cit.*, p. 1027.

68 Ley 17454 de 18 de agosto de 1981, Buenos Aires, Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[...] Los magistrados están facultados para decretar medidas cautelares genéricas para evitar perjuicios inminentes o irreparables, lo que no puede tener otro significado que poner en manos de la justicia elementos que sean necesarios para mejorar la custodia de los derechos litigiosos⁶⁹.

Como lo explica el autor Gozaíni, estas medidas amplían notoriamente el campo cautelar porque permiten cualquier modalidad de aseguramiento considerada según las circunstancias de la causa⁷⁰. Es decir, la medida cautelar innominada, en este ordenamiento, cumple con la finalidad de conservar el *statu quo* de las partes, de anticiparse ante cualquier menoscabo y asegurar la eficiencia de la sentencia judicial mientras esta se surte y queda en firme.

La redacción del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es un ejemplo de una legislación contemporánea, completa y amplia, porque recoge el concepto de medida cautelar de la manera más pura. Aun así, en la amplia libertad que le confiere al juez civil, contempla los límites necesarios para enmarcar la actuación dentro de unos parámetros de legalidad, justicia, inmediatez y precisión que requiere cada caso específico. Al igual que intenta prevenir cualquier extralimitación por parte del juez.

En su artículo 195 se expresa así:

Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida. Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

De lo anterior se puede afirmar que lo que realmente prima por encima del derecho positivo son las garantías reales y constitucionales que se busca legitimar por medio de la rama judicial. Adicionalmente, protege los intereses de la otra parte, manteniendo un balance procesal en el sentido de que "la medida precautoria solo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar"⁷¹, un elemento que no está contemplado de manera tan general y de aplicación a todos los casos en que se decreta una medida cautelar en Colombia sino a petición de parte y por el 20 % de la pretensión. No obstante, hay cabida

69 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina. 1977/10/12, "Copelio, Darío H., suc. C. Domínguez, María G.", La ley *on line*.

70 Gozaíni, *op. cit.*, p. 784.

71 Artículo 199, capítulo III, Medidas cautelares, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, tomado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm> (consultado el 19 de octubre del 2015).

para su modificación, pero hay que resaltar que es únicamente en procesos declarativos.

Adicionalmente, las medidas cautelares decretadas por el juez pueden ser modificadas en cualquier punto del proceso, si la parte que las solicitó justifica que no se está cumpliendo el objetivo para el cual se decretaron. Se puede pedir la ampliación, mejora o sustitución, pero el deudor

podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere⁷².

Esta flexibilidad es la que ratifica el dinamismo que debe tener un proceso civil y al cual se debería intentar llegar mediante más impulsos reformistas del Código Procesal colombiano, como ya se hizo con las innominadas en el proceso declarativo.

Por otra parte, el estatuto procesal argentino citado contempla también en su artículo 204, que el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger. Se entiende como tipos de medida cautelar, el embargo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de *litis*, la protección de personas, pero el caso que nos atañe especialmente son las medidas cautelares genéricas en donde se establece en el artículo 232 que

Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Ese conjunto de normas demuestra la importancia que tienen las medidas cautelares en todos los procesos, la flexibilidad que se les debe otorgar, la confianza que tiene tanto el aparato jurídico como sus usuarios en los jueces y, finalmente, que sí es posible dar el salto hacia un derecho real y efectivo. Los retoques que han desafiado las medidas cautelares innominadas en estos países han llevado al campo disciplinar a disminuir y en algunos casos a eliminar el carácter instrumental (pendencia al proceso) de estas peticiones cautelares. Argentina es un modelo con la incursión de las medidas innovativas. Esto cambia la relación de la medida cautelar en la demanda, al lograr subir el estatus de las medidas a tutela cautelar el amparo proyectado en la realidad de un proceso cambia dramáticamente.

72 Artículo 203, capítulo III, Medidas cautelares, *op. cit.*

Los jueces siempre buscarán que sus decisiones estén ajustadas al ordenamiento procesal y que sean correctas. Por esa razón en las medidas cautelares innominadas se premiará la aspiración de corrección que expresan los jueces, esto conllevará a dar por terminado, de manera anticipada, un posible proceso, incluso mucho antes de pensar en él. Pero hay eventos en los que la noción de corrección exagerada y sin criterios abonará el impedimento de las medidas por el temor de estar cometiendo un error. Sin duda la prueba sumaria refrescará el temor blindándolo ante los posibles inconvenientes.

El resultado final de medidas cautelares innominadas

Tras un recorrido histórico y un análisis al aparato judicial colombiano, así como aquello de países extranjeros, las medidas cautelares innominadas fueron incluidas así:

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. Para decretar la medida cautelar el juez *apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho*. Así mismo, *el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho*, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, 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 fallo⁷³.

Como se lee en el texto transcrito, el legislador rescata los principios tradicionales de la valoración subjetiva que debe hacer el juez, basándose nuevamente en el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El peligro en la demora consiste en hacer un análisis de la existencia de un posible daño inminente y la urgencia que esto conlleva para decretar la medida inmediatamente. Por su parte, la apariencia del buen derecho, como indica este principio, consiste en que la pretensión de la parte que solicite la medida esté fundamentada en el derecho y de cierta forma acogiendo las anticipatorias, que la decisión esté proyectada a lo que será la sentencia definitiva. Sin embargo, adicional a esto, incluye el deber de

73 Código General del Proceso, artículo 590, literal c. Énfasis fuera del texto.

estudiar la legitimación o interés de la parte peticionaria como requisito para proceder a decretar la medida.

Adicionalmente se prevén los mecanismos para evitar que la medida sea exagerada o cause un detrimento innecesario, al incluir la posibilidad de modificar lo decretado a unos criterios de proporcionalidad y necesidad que también se pueden contemplar como un principio rector de este tipo de herramienta.

Ahora bien, esta medida se creó de manera integral, y recoge varias de las características que comparten ordenamientos extranjeros; sin embargo, la mayor limitante que tiene esta figura es que únicamente se contempló para el proceso declarativo. Como ya se ha expuesto, en cualquier proceso, la medida cautelar innominada puede ser de gran utilidad por su precisión con respecto a cada caso. Pero al menos es un principio razonable para recuperar la confianza en el criterio del juez, que se perdió tiempos atrás. De igual manera, es el comienzo hacia el acceso de las partes en proceso, al conferirles la posibilidad de solicitar, según su necesidad, el derecho que quieren proteger.

En ciertas características puntuales sobre la medida se puede rescatar el hecho de que ordenamientos latinoamericanos ya incluyen elementos que hacen a la medida cautelar innominada una medida de vanguardia como la aplicación en todos los procesos civiles y comerciales, la modificación de la caución de manera proporcional y la independencia del proceso cautelar. Adicionalmente, la diferencia fundamental es que la medida cautelar en Colombia aún no ha cobrado su real importancia que es la protección de derechos fundamentales en el sentido de que es una variante de la tutela dentro del proceso civil. Es decir, se necesita ampliar el espectro de protección a todos los procesos. Estos elementos podrían ser utilizados en Colombia para que el ordenamiento evolucione de manera innovadora y concreta en la realidad social del país.

Control judicial mínimo y limitado

Podemos precisar que la existencia de un régimen de medidas cautelares cerrado o típico puede presentar obstáculos en cuanto a su aplicación y eficacia, con mayor razón podríamos prever que la implementación de las medidas cautelares innominadas en Colombia podría tener los mismos límites o inconvenientes de las medidas cautelares tradicionales. Una manera de facilitar su uso es mediante el mejoramiento y el apoyo.

La duración de un proceso declarativo en Colombia sobrepasa los 1200 días hábiles⁷⁴, es decir que las posibles medidas cautelares que imponga

74 *Doing Business* 2014 y 2015 sobre cumplimiento de los contratos estimó que en Colombia tardaba 1288 días el cumplimiento de un contrato. No ha variado en las dos últimas mediciones.

el juez por iniciativa del demandante no tienen una relevancia inmediata al agilizar el cumplimiento de lo exigido y mucho menos considerar terminarlo por una vía más eficiente antes de la sentencia de la instancia. Además, hay que poner de relieve que las providencias de los jueces civiles de primera instancia que pueden ser objeto de apelación superan 36 oportunidades; las salas civiles de los tribunales superiores decidieron 18 518 procesos en el 2014; lo resuelto por los juzgados civiles de circuito en ese mismo año fueron 587 039 (juzgados permanentes)⁷⁵. Hay 1,2 millones de demandas presentadas sin resolver en el sistema judicial (especialidad civil), y hay 1,2 millones de casos resueltos, de los cuales hay 110 000 casos incumplidos (9 % de las demandas resueltas)⁷⁶. En general, entre el 43 % y 48 % se encuentran las necesidades jurídicas insatisfechas⁷⁷.

Todos estos datos estadísticos dejan la inquietud de si realmente las medidas cautelares garantizan la tutela efectiva. La respuesta inmediata es que no, no funcionan o mejor no están relacionadas con darle mayor agilidad a la solución del proceso. Es evidente que dentro del proceso civil hay una gran cantidad de cargas y facultades procesales de las partes y de actos procesales del juez que se encaminan a regular y desarrollar todas las etapas del proceso; mucha de esa actividad judicial, en vez de impulsar el proceso hacia el logro de los derechos o dar respuesta a la tutela judicial, resultan ser verdaderos tropiezos para su desarrollo normal.

Por este motivo se estudia un objetivo distinto a las medidas cautelares innominadas. Al justificarse su efectividad permiten que su objetivo se alcance rápidamente. Para lograrlo hay que partir de cambiar la mentalidad de las partes y de los jueces, en ellas debe prevalecer la efectividad de los derechos, dado el amplio tiempo que tiene la duración del proceso civil en nuestro país.

Hay que “discutir el excesivo celo dogmático y procedimental”⁷⁸ que involucran las medidas cautelares, incluso en la modalidad de innominadas, la eficacia es el elemento a regular y a morigerar en el régimen que las incorpora. El proceso, dada su duración, en sí mismo es un obstáculo para tan importantes medidas que buscan la tutela efectiva, por esa razón debe entrar el juez y las partes a valorar los riesgos que implica la

(consultado el 30 noviembre del 2015, en <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia/#close>.

75 Pueden consultarse los porcentajes indicados en el Informe del Congreso de la República 2014, Sala Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, 17 de marzo del 2015, pp. 169 y ss.

76 Ministerio de Justicia, Cámara de Comercio, Banco Mundial, *Gran encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas*, resumen ejecutivo, Bogotá, 2014, p. 5.

77 *Ibidem*, p. 9.

78 Bascompte Escaler, Ramón, *Medidas cautelares y ejecución. ¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 151.

ineficacia del proceso⁷⁹. Es decir, la interferencia del juez en promocionar medidas cautelares innominadas sin la revisión de los riesgos y daños que se pueden causar con ellas (decretándolas) o sin ellas (en caso de negarlas) frente a los derechos pretendidos por las partes en el proceso hace que la dinámica de control del juez pueda ser intensa o menos intensa. Quiere decir que un sistema judicial que niegue de manera permanente o haga más intenso su control, en el momento de decretarlas, levantarlas o sustituirlas por otras, va en vía a estimar que la máxima eficiencia se concreta “en que apenas resulte eficiente solicitarlas”⁸⁰ dejando por fuera el verdadero objeto o incidencia en la sentencia y la duración razonable del proceso. Debemos pensar que 1,2 millones de casos presentados en el orden civil (representan la mitad) no obtienen resultado alguno frente a los derechos pretendidos o defendidos por las partes; esto representa de alguna manera que el proceso civil ha perdido cierta utilidad y por ende el objeto primario de las medidas cautelares también se ha diluido; como se dijo, apenas resulta eficaz solicitarlas.

Todo el tramado por donde se regulan las medidas cautelares responde a una interpretación tradicional, se reclama un cambio de tal fórmula positiva hacia una frontera menos formalista y rigurosa que aplaque la utilidad del proceso más de lo que expresan las estadísticas oficiales. Se pretende encauzar las medidas cautelares por un ducto más simplista reduciendo los controles judiciales y obstáculos que imperan en su formulación o concreción. A mayor control judicial, menor celeridad en la gestión de las medidas cautelares⁸¹, esto ralentiza y genera mayores riesgos frente a la eficiencia de los derechos y, por ende, del proceso en sí mismo. Por ejemplo, las medidas cautelares son objeto de apelación en todos los sentidos, por resolverlas, por fijar un monto de una caución para decretarla, impedir la o levantarla. De manera que se entraría a un campo discrecional para desarrollar un régimen basado en la eliminación de escenarios que representan obstáculos, o propender por un enjuiciamiento menos riguroso; cualquiera que se adopte, incluso uno con amplios controles como el nuestro, debe tener en mente todo un régimen de responsabilidad por daños que se causen con ocasión de las medidas cautelares⁸². Al propiciarse un sistema de respuesta por daños generados con las medidas cautelares decretadas o levantadas implicaría consolidar un control judicial menos riguroso que se respaldaría con cauciones acertadas en sus posibles perjuicios.

Aunque la medida cautelar busque la defensa del proceso inútil por el transcurrir del tiempo, en los tiempos del Código General del Proceso

79 *Ibidem*, p. 152.

80 *Ibidem*.

81 *Ibidem*, p. 158.

82 *Ibidem*, p. 153.

debe encarrilarse a la preparación de la audiencia inicial, es decir, a obtener el máximo acierto de los riesgos en juego en el juicio, y no esperarse a las eventualidades del tiempo que transcurra a la finalización del proceso. Como veremos más adelante, el estudio de la apariencia de buen derecho se perfila en una necesidad paralela que envuelve la controversia del objeto del proceso en la sentencia; esto implicará que varias medidas cautelares innominadas puedan ser rechazadas o inadmitidas por el juez previamente por considerar que está desarrollando el punto de la *litis*. Esto hace que el debate de las medidas cautelares se aleje cada vez más del momento de la sentencia y acerque con mayor precisión y eficiencia la finalización del proceso en una etapa temprana del proceso. Si las medidas cautelares no acercan en términos de tiempo la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo con la sentencia de la instancia, no están cumpliendo su objetivo de utilidad del juicio y resulta ser apenas eficaz solicitarlas.

El poder que infunde la tutela cautelar pierde correspondencia en aquellos procesos que tardan su respuesta final debido al apremiante exceso de controles de las medidas cautelares.

Ahora bien, como una de las evidencias que se demostrará sobre la apariencia de buen derecho resulta ser un elemento necesario para decretar las medidas cautelares, también es un eje en el cual se monta todo un escenario que obstaculiza y desincentiva la efectividad de las medidas cautelares bajo las reglas de un control más estricto. No se pretende eliminar el *fumus*, se pretende determinar un *fumus* necesario, con un soporte probatorio que escape de la valoración que se predicaría de la decisión final⁸³, eso sí, adoptando y equilibrando la decisión con una respuesta económica frente a los eventuales riesgos de su decreto.

Se enmarcan las medidas cautelares innominadas en una apertura normativa que permite exigir las en cualquier proceso declarativo que se encuentre en los riesgos del numeral c) del artículo 590 CGP. Esto favorece el clima para exigir las, es decir, basta con la existencia de un conflicto cuyos derechos se enmarcan en cualquiera de las conductas proteccionistas de la norma mencionada; esto favorece la utilidad del juicio, pieza que será la premisa mayor que acertará en la efectividad futurible de la sentencia⁸⁴ con todas las implicaciones expandibles en la responsabilidad que sea consecuencia de la reversión de la medida en caso de presentarse excesos. La conciencia de la medida cautelar innominada descansará en hacer efectivos los derechos de cara a la preparación del juicio y en el máximo de la sentencia; los debates y requisitos apuntarán a un nivel *liminar* de un mínimo de *fumus*, centrará su adopción en los posibles riesgos que se causen basándose en una política de cálculo de los riesgos y daños de las partes.

83 *Ibidem*, p. 156.

84 *Ibidem*.

Centrará su decisión en un equilibrio de los riesgos; a mayores riesgos habrá respuestas en criterios de responsabilidad económica, a menores riesgos, cauciones apenas suficientes. La máxima que debe abrirse en nuestro sistema judicial es dar el campo de admisibilidad de las medidas cautelares con el objetivo de brindar eficacia al proceso y acercar el inicio a su finalización, así será menos gravosa la medida que se acuse como fuente de responsabilidad o en caso contrario serán menos graves los efectos tardíos de respuesta del Estado en los derechos que debaten judicialmente.

CONCLUSIÓN

Esta introducción demarca un análisis de las realidades jurídicas que han marcado la historia latinoamericana, extrapolándolas y aplicándolas a la realidad jurídico-histórica de Colombia. Mediante este análisis se ve cómo las raíces de nuestro derecho siguen trazando los cambios que se proponen por las fuertes tendencias tradicionalistas que han regido desde la época colonial, pero de igual manera no se descarta la posibilidad de cambiar hacia una posición más enfocada en el progreso y la conexión entre el derecho y la sociedad.

Se utiliza a modo de ejemplo la inclusión de las medidas cautelares como un buen resultado del trasplante modificado, del cual se debe partir en la nueva creación de normas jurídicas. Esto es lo que debe despertar la conciencia de las medidas cautelares innominadas, dado que tenemos un ejemplo concreto del cual aprender para salir de la comodidad y usar bases extranjeras y nacionales como herencia e innovar para darle un enfoque local al derecho nacional.

Por otra parte, es importante no dejar de lado que las medidas cautelares innominadas, como muchas otras reformas, tienen su alcance y no puede generalizarse como una medida perfecta sino como escalones de una construcción que no debe culminar sino estar en constante adaptación a las realidades sociojurídicas del país.

Finalmente, se propone utilizar dichas medidas para afianzar el sistema de garantías reales y adecuadas a todos los casos para mitigar la desconfianza en el sistema judicial que ha caracterizado los ordenamientos jurídicos tanto en Colombia como en el resto de Latinoamérica. No solo por parte de los operadores jurídicos, sino de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Bascompte Escaler, Ramón. *Medidas cautelares y ejecución. ¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?* Barcelona: Atelier, 2013.
- Calamandrei, Piero. *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1984.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Barcelona: Bosch, 1942.
- Esquirol, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, 2014.
- Esquirol, Jorge. *Derecho fallido en América Latina*. Documento en discusión, 21 de mayo del 2008.
- Doing Business 2014 y 2015 sobre cumplimiento de los contratos. Consultado en <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia/#close>.
- García, Eduardo. *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, capítulo xii. Bogotá: El Foro de la Justicia, c. 1981.
- Gedipro. *Las propuestas de codificación procesal merecen civil merecen un giro histórico*, capítulo ii. Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales. Coordinadora y coautora, María del Socorro Rueda Fonseca. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis, 2013.
- Gozaini, Osvaldo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Herce Quemada, Vicente. *Derecho procesal civil*. Madrid: Artes Gráficas, 1976.
- Kielmanovich, Jorge. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- Informe del Congreso de la República 2014, Sala Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 17 de marzo del 2015.
- López Blanco, Hernán. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, 11 ed., tomo i. Bogotá: Dupré, 2012.
- Ministerio de Justicia, Cámara de Comercio, Banco Mundial. Gran encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas, resumen ejecutivo, Bogotá, 2014.
- Rendeti, Enrico. *Derecho procesal civil*, tomo ii. Buenos Aires: E. J. E. A., 1971.
- Rueda Fonseca, María del Socorro. *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales*. Bogotá: Temis, 2013.
- Rueda Fonseca, María del Socorro. *La raíz del Código General del Proceso*. Libro colectivo. Barranquilla: Ediciones Uninorte, Ibáñez, 2014.
- Vásquez Alfaro, Mónica. *La ciencia útil*. Barranquilla: Ediciones Uniandes, Universidad del Norte, 2016.

Normativa y jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina. 1977/10/12, "Copelio, Darío H., suc. C. Domínguez, María G.", La Ley on-line.
- Código de Procedimiento Civil. Libro cuarto. Medidas cautelares, títulos xxxiv y xxxv.
- Código de Procedimiento Civil. Artículo 690, numeral 1, literal a).

Código de Procedimiento Civil italiano. Artículo 700 citado por Jairo Parra Quijano, *Medidas cautelares innominadas*. Consultado en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.

Código Procedimental Civil de Perú. Artículo 635. Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Argentina. Consultado en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>, el 19 de octubre del 2015.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* 48 489 de 12 de julio del 2012.

Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 2004, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Ley 17 454 de 18 de agosto de 1981. Buenos Aires, *Boletín Oficial*, 27 de agosto de 1981 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículos académicos

Cardona, Santiago *et al.*, “Aproximación teórico práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias”, *Revista Instituto de Derecho Procesal*, julio-diciembre 2015, pp. 201-235.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Introducción a la página web <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>. Consultado el 6 de octubre del 2015.

Lama, Héctor. *La tutela cautelar, Perú. Red iberoamericana de magistrados*. Consultado en <http://www.rimjic.org/w>, el 16 de noviembre del 2015.

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA PRÁCTICA DE LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ*

María del Socorro Rueda Fonseca

INTRODUCCIÓN

Para los investigadores, el ingreso de las normas procesales que aluden a las medidas cautelares innominadas (en adelante MECINN) al sistema jurídico colombiano en el Código General del Proceso y en otros ordenamientos es un antecedente importante que debe analizarse en el contexto práctico; por esa razón resulta adecuado emprender un estudio para entender cómo dicha figura ha venido comportándose en los primeros años de vigencia. Tiene un campo dinámico que amplifica los poderes del juez y aumenta la carga procesal de las partes para su determinación. Sin duda las MECINN permitirán la efectividad de los derechos que se pretenden en el marco de los procesos judiciales y ese precisamente será uno de los objetivos de cómo se configura este tipo de protección.

Los jueces colombianos, especialmente los civiles, tienen una experiencia importante en el decreto o denegación de las medidas cautelares típicas como el embargo, secuestro e inscripción de la demanda, entre otras. Muy lejos se encuentran los jueces de familia que han tenido la oportunidad de acceder a la eficacia de los derechos demandados con legislación previa que ha reflejado un mayor alcance. El norte de las MECINN es proteger los derechos antes de proferir la sentencia definitiva, esto es claro, pero que se complemente su protección cuando a sabiendas de la duración del proceso se acorta el lapso de tiempo cuando se materializa su protección previamente. Los procesos en la corriente latina son largos y hay una compleja red de actos que prolongan su finalización. En la escala que expone el cumplimiento de los contratos del *Doing Business 2014*¹, el tiempo de duración de los procesos colombianos alcanza 1288 días hábiles.

1 Informe *Doing Business 2014* (cumplimiento de contratos). El Banco Mundial señala que la duración de los procesos en Colombia está sobre los 1346 días.

Ante la duración de los procesos, resultan toda una novedad las MECINN, que brindarán un apoyo ante una imposibilidad de alcanzar la justicia rápidamente. Así, el derecho procesal otorga un mecanismo que vale la pena evaluar para observar cómo se resuelven las falencias del sistema.

Bajo las directrices de Calamandrei, las MECINN constituyen una herramienta que protegerá un derecho mucho antes que la providencia definitiva². Generan un campo asegurable que no han cubierto las medidas cautelares típicas; la tradición ha expuesto una defensa de derechos partiendo de un listado de estos que taxativamente pretende proteger; no han sido suficientes las medidas taxativas para asegurar la efectividad del derecho que se reclama en la sentencia que favorece al reclamante. Es decir, con las MECINN se rescata un aspecto perdido en la legislación: la efectividad y la lucha por no obtener sentencias para enmarcar. La regulación de las medidas taxativas ha sido incipiente y al aumentar la posibilidad de otras medidas cautelares no típicas, promete aumentar a largo plazo la credibilidad del sistema judicial³. Una situación para contextualizar las medidas cautelares taxativas actualmente, solo cabe para determinados procesos, no se ha extendido para todos y las innominadas solo cabrían en los procesos declarativos y en todos aquellos casos donde expresamente se permitan.

Para completar el análisis introductorio, valdría la pena precisar que la Corte Constitucional ha mencionado que las medidas cautelares constituyen instrumentos “con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”⁴. Adicionalmente, la Corte señala que su protección es preventiva, de allí que surja la necesidad de reclamar ante las autoridades judiciales. Esta medida se cobija e integra el derecho de acceder a la justicia, no lo hace nugatorio, es una garantía que anticipa el momento de proferir la sentencia, se logra el máximo de efectividad manteniendo el estado de los cosas semejante al momento de la presentación de la demanda. Sin embargo, en otros países los ordenamientos procesales como la jurisprudencia han permitido que no solo las medidas cautelares constituyan los bastiones para mantener un *statu quo* en el momento de presentar la demanda, sino que ellas mismas en su expresión concretan aproximaciones al juicio definitivo, lo cual implica un amplio concepto de la tutela cautelar. Hemos observado que las medidas típicas en los procesos donde se practican no aseguran la efectividad del proceso, como tampoco el acortamiento del tiempo entre la demanda y la sentencia, lo cual termina siendo una preocupación para los investigadores que

2 Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima: ARA Editores, 2005.

3 Barrozo Osorio, Tulia, “De las medidas cautelares en general”. En *Saber, Ciencia y Libertad* 4, 1, enero-julio, 2009, p. 133.

4 Corte Constitucional. C-523 del 2009. M. P. Nilson Pinilla.

tome fuerza ese ineficaz camino; todas estas razones justifican estudiar el cauce que tomarán las MECINN.

Sin duda hay que retomar y documentar la eficiencia de los presupuestos que conforman el decreto de las MECINN; siguiendo con ese hilo, los elementos esenciales (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la cautela) que estructuran las MECINN conforman los tópicos sobre las reflexiones y ponderación que estructuran los jueces en el momento de sus decisiones. El *fumus boni iuris* está directamente relacionado con la apariencia del derecho, y el *periculum in mora* se corresponde con el peligro al que está expuesto el solicitante en la tardanza de respuesta de la petición. En relación con la apariencia de buen derecho, una vez que el juez decreta las MECINN, estas tendrán un efecto muy íntimo en la decisión de la sentencia de la instancia y habrá una conexión o justificación; es decir que al concederse la medida cautelar, se destacará la certeza de la apariencia de buen derecho en la providencia judicial que la decretó, habrá un principio de certeza que explicará de algún modo el reclamo que se hace por la vía judicial; pero puede suceder que el juez no observe ese grado de certeza o existencia del derecho que justifique la medida cautelar; como reflexión de esto, no pierden valor o eficacia las pretensiones aducidas o las defensas expresadas por su oponente. Puede más bien observarse por la parte perjudicada con la negación del decreto de la medida, que está en presencia de un enjuiciamiento drástico o que no refleja las evidencias expuestas. Pero si la respuesta es afirmativa, es decir, se procura su decreto, merece reflexionar un poco más en el efecto directo frente a la finalización del asunto. Vale decir que el destino de las MECINN no puede seguir un camino poco eficaz y de acompañamiento deficiente que han tenido las medidas cautelares típicas; si los efectos son puramente instrumentales o accesorios, nada se habrá construido diferente en la historia de la legislación colombiana. Algo más debe buscarse con las MECINN, no solo que sean un repositorio de amparo de una futura sentencia, sino que ellas en sí mismas procuren el remedio de manera anterior y, de ser posible, anticipada.

Asociando un argumento para aumentar un cambio a la proyectividad de la medida cautelar, se sostiene que el *periculum in mora* constituye un eje en que no precisamente el juez evalúa el riesgo que tiene todo derecho sometido a un litigio, lo que enjuicia y decide es la posibilidad de agravio de dicho riesgo por la extensión de tiempo que tiene el proceso, o porque puede suceder la transformación del riesgo en un daño que se torne irreparable con el paso del tiempo; en este caso se proyecta un ámbito de asegurabilidad del derecho que no concreta una sentencia, porque ella misma sería una respuesta tardía que perjudica al reclamante. En el fondo, las carencias del proceso judicial que se traducen con el extenso paso del tiempo y larga duración de los trámites judiciales es una situación que urge responder de manera inmediata; el paso del tiempo, así se cumpla con los

términos judiciales, puede coadyuvar a que se geste un posible daño irreparable que negaría el derecho en sí mismo. Aunque la medida cautelar muestra un estudio del riesgo con una respuesta inmediata, lo que en el fondo está haciendo es asegurar el riesgo de una forma permanente⁵.

Basados en la discusión planteada, se asumió con el grupo de estudiantes del curso de Argumentación en Procesos Civiles 2014-02, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, realizar una investigación jurídica tendiente a encuestar a los jueces civiles del circuito de Bogotá, con la finalidad de investigar sobre la implementación de las medidas cautelares innominadas que rigen desde el 1.º de octubre del 2012. Para lograr tal trabajo se elaboró una encuesta que tendría por objeto acceder de forma científica a los argumentos que han aplicado los jueces frente a las peticiones de tales medidas cautelares. El grupo de jueces constituyó una muestra representativa de un caso y un ejemplo para indagar el alcance, implementación y otras consideraciones de tan importante tutela jurídica.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La necesidad de ser garantistas frente a la figura de las MECINN implica que las conductas que despliega el juez han de ser pensando en las partes del proceso y en el valor de la justicia. Esta situación hace que dicho juzgador, en la motivación del decreto o negativa de la medida cautelar innominada, tenga en cuenta la discrecionalidad que evoca su capacidad subjetiva ante la existencia de la amenaza o vulneración de un derecho. La pregunta en cuestión para resolver es si el juez, al expandir sus argumentos hacia la apertura de las medidas cautelares no taxativas o innominadas, debe partir de una posición garantista amplia o limitada en el momento de juzgar su decreto o negativa. La determinación de esta cuestión situará al juez en una posición teórica de apertura o de apariencia cerrada similar a las medidas cautelares taxativas. Esta manera de expresar y justificar los actos judiciales va a generar discusiones importantes, dado que determinará el enfoque que se les dará a estas medidas.

El punto de partida de las MECINN descansa en tres rasgos. El primero, que las hace tornar especiales y se relaciona con el argumento de que ellas no se encuentran reguladas exhaustivamente en la ley; por tanto, esa protección proviene de la construcción teórica razonada de cualquier situación que vaya en vía del amparo de los derechos amenazados o vulnerados no previstos en la norma. El segundo es inherente al juez y al momento de su solicitud, haciendo que se decreten las MECINN cuando se encaminen a proteger el objeto en litigio, o a impedir su infracción o a evitar sus consecuencias, o a prevenir los daños que llegaren a causarse, o para hacer cesar

5 Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático*, p. 85.

los que hubiere causado, o para asegurar la efectividad de la pretensión. Esto es, atendiendo a los principios de oportunidad y conveniencia predicables al objeto del litigio con el que puede verse afectado o aminorado o cesado o detenido con un previo decreto de esta. Ello lleva a revisar con cuidado el tema de la instrumentalidad atenuada, propio de las medidas autosatisfactivas o innovativas y con cualquier otra forma de expresión del poder cautelar o de asegurabilidad como las medidas conservativas, provisionales, modificativas y anticipatorias. Por último, el tercer rasgo alude a que dicha medida cautelar innominada tiene por finalidad, en sus puntos remediales, que se concrete una garantía de indemnidad antes de la sentencia y por lógica antes de que se genere una lesión grave e irreparable al derecho vulnerado o amenazado de manera directa o indirecta.

Todos estos rasgos y argumentos tendientes a amplificar el criterio de innominadas hacen indispensable determinar que el problema básico consiste en concretar, desde el ámbito del juez, cuáles han sido los factores objetivos y subjetivos determinantes que se reflejan en la resolución judicial, en el momento de considerar o denegar una nueva y razonable medida cautelar innominada; y desde el ámbito del peticionario, la trascendencia está en determinar cuáles argumentos tienen mayor o menor poder frente a su exigencia.

METODOLOGÍA

Esta investigación se centra en el estudio de la implementación de las MECINN, inscrito en un análisis de tipo descriptivo. Inherente a este trabajo es importante concretar que para la recopilación de la información se realizó una encuesta dirigida a los jueces civiles del circuito, mediante un cuestionario que sirvió de soporte y guía; esto se acompañó con una entrevista semiestructurada que permitió ubicar conclusiones y recopilar mayor información. Con estos datos y evidencias estadísticas se arrojarán y cruzarán los resultados de las variables, permitiendo reconocer las principales tendencias de las medidas contempladas en el literal c) de artículo 590 del Código General del Proceso.

Una vez que se recopiló la información, se hizo un procesamiento de la información tanto cualitativa como cuantitativa, con el fin de obtener relaciones entre las variables de interés. Los encuestadores fueron los estudiantes del curso de argumentación en procesos civiles quienes, finalmente, elaboraron una serie de ensayos con el propósito de consolidar una base de material investigativo para incorporar a trabajos particulares para la discusión académica.

El cuestionario tuvo dos contenidos: una parte estructurada con respuestas de opción múltiple, y otra parte con preguntas para una entrevista

semiestructurada. El cuestionario antes de ser aplicado se puso en discusión con dos jueces del circuito de la ciudad de Bogotá; producto de esa interacción se realizaron algunos ajustes incluyendo las reflexiones que se tomaron en dicho grupo de discusión.

Posteriormente, los encuestadores se prepararon y se familiarizaron con el cuestionario y las preguntas que se realizaron en la entrevista personal con los jueces. También se les hizo un entrenamiento a los encuestadores, asegurando la forma en que se recopilaría la información y el tipo de preguntas que pondrían en práctica. Con esta adaptación y reconocimiento del contenido, los encuestadores asimilaron las preguntas y se logró que la entrevista y cuestionario fueran homogéneos para garantizar la objetividad de las respuestas. También se convirtió en un espacio de aprendizaje para resolver las dificultades que se podían generar dentro del desarrollo de la aplicación de la encuesta y entrevista.

DISEÑO MUESTRAL

La encuesta fue aplicada para un estudio de caso, por medio de un cuestionario estructurado y semiestructurado; esta fue contestada por 19 jueces que hacen parte del circuito civil de Bogotá. La encuesta se realizó entre agosto y septiembre del 2014, intentando contactar a los 44 jueces civiles del circuito. Por esta razón, la muestra está concentrada en 19 jueces que accedieron a responder la encuesta, lo que representa el 43 % de los jueces civiles del circuito de Bogotá.

Los resultados que se presentan aquí son descriptivos en relación con las variables de interés, y representativos únicamente para el grupo entrevistado.

TABLA 1
Ficha metodológica

Nombre de la investigación	Las medidas cautelares innominadas en la práctica de los juzgados civiles del circuito de Bogotá
Objetivo general	Acceder de forma científica a la argumentación escrita que han aplicado los jueces frente a las peticiones de las medidas cautelares
Objetivos específicos	<ul style="list-style-type: none"> • Determinar la tendencia de los jueces en los razonamientos aplicados en el enjuiciamiento y decisión de las medidas solicitadas • Detectar cómo se ha venido implementando la medida

Alcance temático	<ul style="list-style-type: none"> • Percepciones sobre el decreto de medidas cautelares innominadas • Percepciones sobre elementos que facilitan o dificultan el decreto de medidas cautelares innominadas • Experiencias en el decreto de medidas cautelares innominadas
VARIABLES DE ESTUDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Percepciones de los jueces con respecto al decreto de medidas innominadas • Experiencias de los jueces en cuanto al decreto de medidas innominadas
Tipo de investigación	Estudio de caso
Cobertura geográfica	Representativo solamente para los jueces entrevistados en el circuito de Bogotá
Diseño muestral	Estudio de caso por medio de entrevista estructurada y semiestructurada
Unidad de información	Jueces del circuito de Bogotá
Unidad de análisis	Jueces del circuito de Bogotá
Marco muestral	44 jueces que componen el circuito de Bogotá
Tamaño de la muestra	19 jueces entrevistados (17 completas y 2 incompletas)

La muestra es robusta para un caso de estudio de las MECINN en los despachos de jueces civiles del circuito de Bogotá, dada la cantidad de información y los porcentajes que arrojaron los datos de la encuesta, perfila que se expongan reflexiones acerca de tales medidas. Se cuenta con 19 encuestas completas y en las preguntas abiertas se catalogaron las observaciones de 13 jueces; fue discrecional acceder a la entrevista semiestructurada.

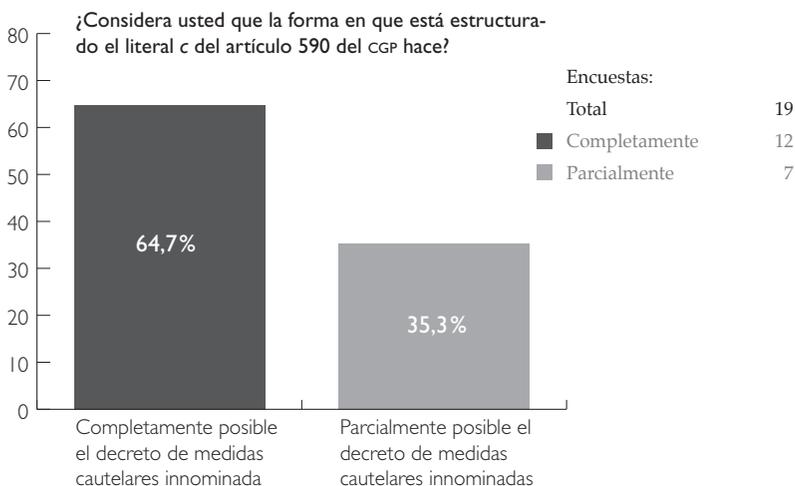
ANÁLISIS DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

Se expondrán los resultados más pertinentes y el cruce de algunas variables para detectar cómo se han implementado las medidas cautelares innominadas. De manera que para presentar los resultados se mantendrá el mismo hilo teórico que se incorporó en las dos modalidades de encuesta.

Estructura del literal c) del artículo 590 del cgp

Frente a la estructura del literal c) del artículo 590 del cgp se preguntó si tal como estaba redactado hacía posible —completo, parcial o imposible— el decreto de las medidas cautelares innominadas; se consideró que era completamente posible en un 64,7 %; parcialmente posible en un 35,3 %. Esto denota que la norma para algunos jueces demuestra que no tiene barreras legales para su realización frente a un porcentaje importante de jueces que

expresaron que había limitantes. Veamos en la gráfica 1 su comportamiento porcentual.



GRÁFICA 1.
Estructuración del literal c) del artículo 590 del CGP

Pertinencia de los elementos requeridos para decretar las MECINN

En el decreto de las MECINN se tuvieron en cuenta los elementos básicos MECINN de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*), la cautela, el perjuicio irreparable, la posibilidad de decretar otras medidas cautelares típicas antes que las innominadas, la legitimación de la parte y el interés de la parte que las exige.

Tomando la totalidad de la muestra (19 jueces) podemos observar que no hay una tendencia similar de respuesta frente a los elementos que pondrían los argumentos para decidir el decreto de las medidas cautelares estudiadas. Cada juez le da un valor distinto a la pertinencia de los elementos para su concreción.

Frente a los elementos básicos que enlazan el principio dispositivo se enmarcan en un argumento de carácter individual, estos es, que la parte deberá *aducir su interés y la legitimación* para exponerlo y exigirlo. Le da un trazo al derecho en la zona del individualismo. También demuestra que estas dos exigencias tienen algunas tensiones cuando tratan de comprobar pues, al parecer, arrojan dificultades; por ello los jueces expresaron que en el 23,5% de casos se permite, pero hay dificultades probatorias para su desarrollo afirmativo. Cuando se preguntó por la pertinencia en

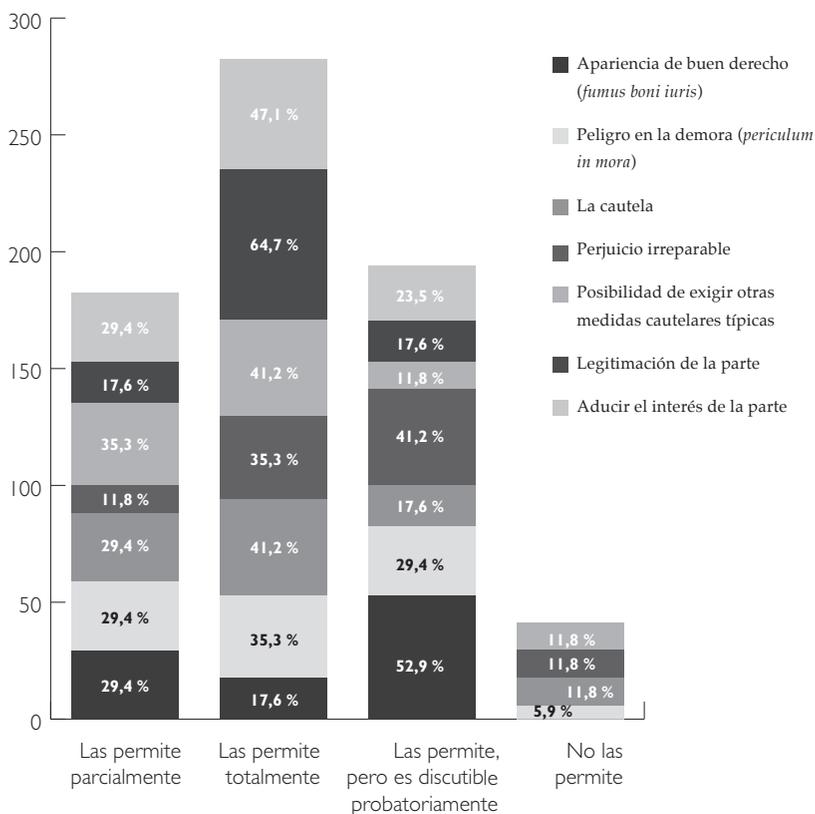
el elemento que alude a la legitimación en la causa, se expuso que hay un 17,6 % de dificultad probatoria para decidirla.

En cuanto a la posibilidad de exigir otras medidas cautelares típicas adicionales a las innominadas, los encuestados se plantearon que es pertinente en un 41,2 %, frente a un 11,8 % que expone que no las permite, o que permitiéndolas son discutibles probatoriamente; esto demuestra que cuando se pretende combinar el carácter tutelar con medidas típicas e innominadas, los jueces no siempre las decretan por motivos probatorios, o considerando las dos posibles medidas cautelares solo se otorgan parcialmente las medidas típicas o taxativas.

Los elementos más robustos que plantean los presupuestos de las medidas cautelares innominadas descansan en la legitimación de la parte (64,7 %) y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) (52,9 %). El peligro en la demora se proyecta en distintos valores, se considera que no las permite en un 5,9 %; en el caso que las permite pero es discutible probatoriamente, los datos arrojaron un 29,4 %; las permite totalmente en un 35,3 %; las permite parcialmente en un 29,4 %. Esto significa que las partes que reclaman el decreto de las medidas cautelares pueden verse afectadas con una decisión negativa cuando no prueban fehacientemente los presupuestos sustanciales, y con mayor rigor la legitimación de la parte y la apariencia de buen derecho tiene incidencias —como se dijo— en su negación por fallas en su comprobación.

Los jueces en respuesta a las peticiones logran ver sus resultados en general. En la gráfica 2 las respuestas de los jueces son dispares, dados los casos de las categorías de los elementos. Esto implica que las medidas cautelares innominadas no han logrado penetrar sustantivamente con sus presupuestos; los jueces no les dan el mismo peso a cada uno de ellos. Es muy probable que se esté reproduciendo el mismo enjuiciamiento de las medidas típicas a las innominadas. Aun cuando los derechos en apariencia pueden ser los mismos, de todas formas en el fondo son disímiles y proyectan una tutela cautelar más especializada de protección y con rasgos en protección de derechos del calado de la sentencia, esto es, las MECINN tienen mayor alcance cuando se deciden de cara a la proyección de la sentencia. Por ejemplo, no puede usarse el mismo enjuiciamiento y lógica para decretar una medida cautelar de embargo de un automóvil, a otra que persigue que se le impida conducir a un conductor de un vehículo automotor o que pretende hacer prohibir la inscripción de un acto registrable o la solicitud concreta de dejar permanecer a un demandado en un inmueble por un espacio de tiempo para proteger la vivienda digna de una persona en condición de vulnerabilidad.

Según su experiencia, califique la pertinencia de los siguientes elementos requeridos para decretar las medidas cautelares.



GRÁFICA 2.

Pertinencia de los elementos requeridos para decretar las medidas cautelares innominadas

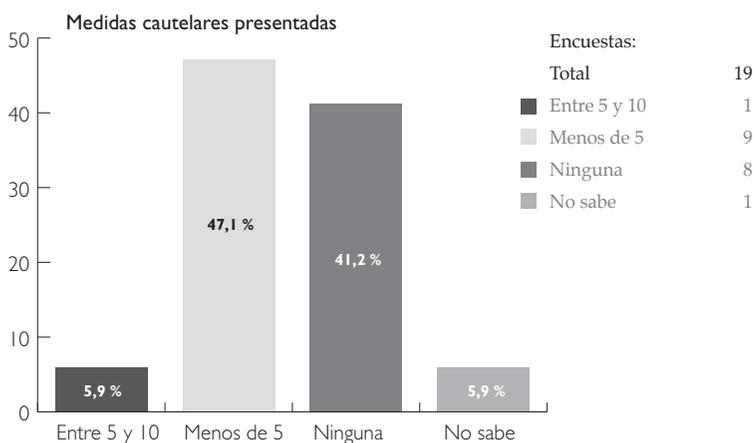
Los presupuestos en las medidas cautelares típicas se orientan a comprobar, dentro de sus exigencias, la verosimilitud del derecho o la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la caución. Estos tres requisitos siguen siendo los retos necesarios de comprobar aun en los casos de las medidas cautelares innominadas. El perjuicio irreparable o irremediable es pertinente, pero advierte dificultades probatorias en un 41,2 %. En un 11,8 % no las permite, o si las permite es parcialmente. Esto demuestra que en el caso de valorar los riesgos hay un hilo de ineficacia en determinarlo como presupuesto; estas dificultades probatorias que se verían reflejadas en la denegación de la medida cautelar obedecerían a la modalidad de rol de enjuiciamiento que tiene el juez en el momento de estudiar este presupuesto. Al centrar la discusión de permitir la medida cautelar basados en un tema de carácter probatorio, demuestra que el control del juez se limita a hacer cumplir unos presupuestos que, de manera limitada, se han construido con la doctrina de las medidas cautelares taxativas

o típicas, es decir, plantea un control mínimo y sujeto a un requisito legal que indagará que se refleje en la solicitud, esto hace imposible alcanzar a comprobar los riesgos o por lo menos visualizarlos. Las dificultades de control se centran en la solicitud en sí misma, haciendo apenas eficientes las medidas cautelares. La norma que regula las medidas cautelares innominadas, tal como está expresado, solo hace reaccionar al juez dentro de un catálogo rígido de presupuestos y bajo un control limitadísimo de ellas. Se pierde el centro que encripta la tutela cautelar llevando a hacer interpretaciones rigurosas que se centran en la mera solicitud. La discusión en muchos casos no es el *fumus*, es el cálculo de los riesgos y los daños que se evitan con la medida, la pérdida del juicio y el alejamiento de los derechos reclamados al campo de la satisfacción.

Número de medidas cautelares interpuestas y denegadas

De acuerdo con los datos que se expondrán, hay una baja solicitud de medidas cautelares innominadas y un alto porcentaje de denegación de las pocas que se presentan.

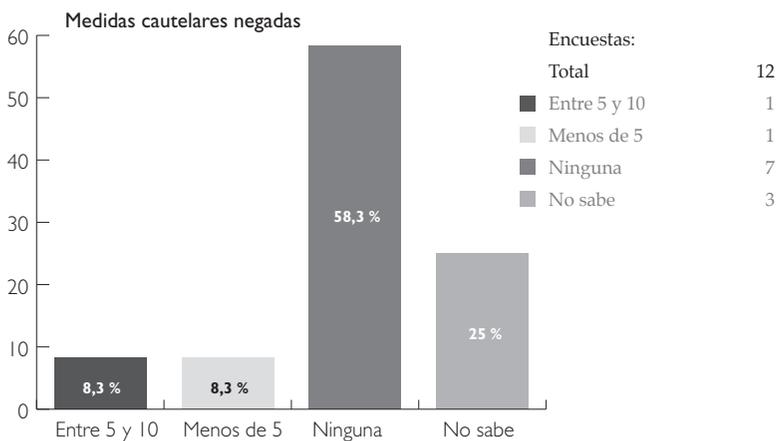
Siguiendo con el análisis de la gráfica 3 se puede apreciar que es relativamente baja la solicitud de medidas cautelares innominadas ante los jueces civiles del circuito. Habría que preguntarse por qué. Al intentar construir una respuesta, se puede afirmar que hay un desconocimiento que revierte en impopular a las MECINN. El paso de un sistema cerrado a otro abierto no debe implicar la misma senda de la teoría clásica de las medidas cautelares taxativas hacia otra forma de tutela que pretende una nueva conciencia frente a las MECINN; estas tienen un enfoque que abarca



GRÁFICA 3.
Número de medidas cautelares interpuestas

más casos que requieren una respuesta pronta y eficaz del Estado. Los jueces como los usuarios de la justicia desconocen este tipo de remedios para aplicar en una temprana etapa del proceso a los derechos demandados, es impopular y se requiere una reconocer sus bondades.

De los 19 juzgados del circuito que respondieron las encuestas, el comportamiento de denegación de ellas tuvo los siguientes resultados que se describen en la gráfica 4.



GRÁFICA 4.
Número de medidas cautelares denegadas

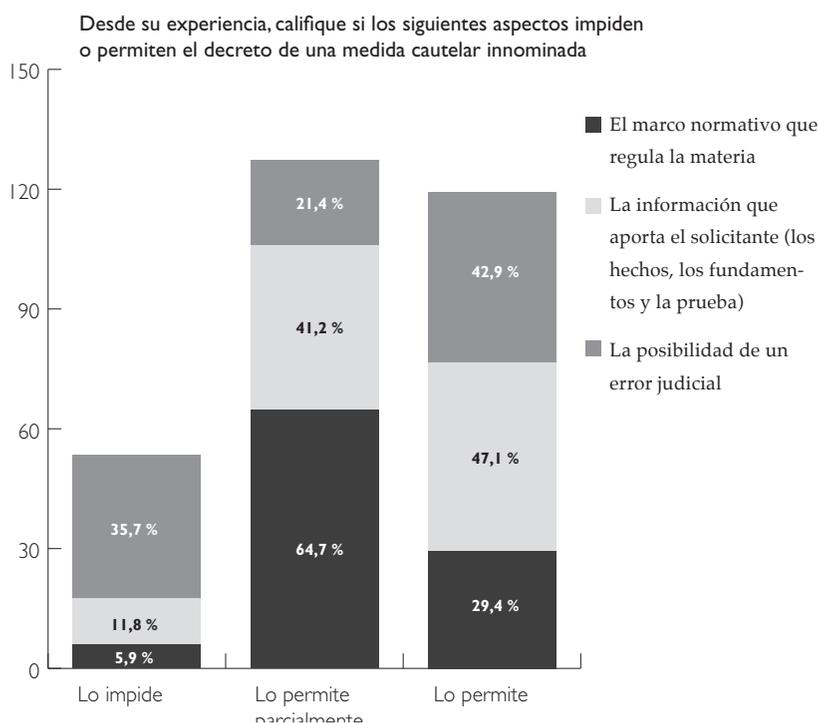
En un solo despacho judicial se presentaron más de diez medidas cautelares innominadas de las cuales, en ese mismo rango, se denegaron. En dos despachos judiciales donde se presentaron entre cinco y diez medidas, se negaron más de la mitad; donde se negaron más de diez fue en un juzgado; en los despachos que se negaron menos de cinco fue en siete juzgados y en uno en que se hicieron menos de cinco solicitudes todas fueron aceptadas; en nueve despachos judiciales no se presentó ninguna medida cautelar, y en un juzgado se contestó que no sabía cuántas medidas se habían presentado. Esto demuestra que es baja la solicitud de medidas cautelares y que las pocas que se presentan tienen un alto índice de negación.

Tomando los datos parciales reportados por el Consejo Superior de la Judicatura a diciembre del 2014 de algunos juzgados civiles del circuito de Bogotá (ocho de ellos) respecto de ingresos efectivos, se destaca que fueron 11 188. Es probable que en algunos de esos casos reportados se podría haber presentado o intentado medidas cautelares innominadas para impactarlo de la tutela cautelar. Sin embargo, al corroborar la cifra de solicitudes presentadas, se denota que es inferior al potencial número de casos que ingresan a los despachos judiciales. Puede denotar que estamos ante una cultura de no exigir las medidas cautelares o que estemos ante

la presencia de un juez que responde de manera clásica ante las escasas solicitudes, o que el juez aún mantiene sesgos frente a la efectividad de las MECINN. Los datos estadísticos demuestran que los jueces que recibieron menos de cinco denegaron el 58,3 % del 47,1 % de las presentadas; los jueces que recibieron entre cinco y diez medidas cautelares denegaron el 8,3 % del 5,9 % de las presentadas; los despachos que recibieron más de diez, denegaron el 8,3 %. Se puede advertir que en los casos en que se presentaron menos de cinco solicitudes se denegaron casi todas.

Aspectos que impiden o permiten la medida cautelar

Para consolidar la información que impide o permite total o parcialmente las MECINN se partió de tres preguntas concretas. Con la primera se indagaba si al apreciar las medidas se circunscribió a evaluar el marco normativo que las regula; con la segunda se pretendía apreciar si la información que aportaba el solicitante (sobre los hechos, los fundamentos y la prueba) tenía algún elemento que la impidiera; finalmente, se preguntó si los impedimentos para el juez se podían relacionar con el posible error judicial. En la gráfica 5 se presentan los datos que arrojó esta pregunta.



GRÁFICA 5.

Aspectos que impiden o permiten la medida cautelar

El error judicial representa un temor por parte de los jueces que impide la decisión de las medidas cautelares; en un 35,7 % lo impide, conllevando a una aprensión negativa de los juzgadores en el momento de calificar la medida cautelar exigida. Esto, incluso, será una reflexión en el momento de decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. Recordemos que la medida solicitada es “cualquier medida razonable” relacionada con el objeto del litigio, o para impedir la infracción o evitar consecuencias derivadas de esta, o para prevenir daños o hacerlos cesar cuando los hubieren causado o para asegurar la efectividad de la pretensión. Son realmente amplias las situaciones en las cuales se puede exigir la medida cautelar. El juez ante estos resultados de esta primera variable de error judicial expone el temor que lo hace rehusar su decreto ante un posible riesgo o peligro de verse involucrado en un proceso contencioso por error judicial.

En los casos planteados ante los jueces del circuito de Bogotá se constata que en el 47,1 % de casos la información ha sido lo suficientemente clara y adecuada para permitir las medidas cautelares innominadas. Al enfrentar las variables en las que desempeña un papel primordial el juez (acto de juzgar) y de las partes (solicitarlas) podría expresarse que están en casi la misma proporción de permisión desde el extremo que se analice y esto, a su vez, tiene como consecuencia que gran parte de la carga de consolidar se dirima entre el principio dispositivo y el temor de ser juzgado ante autoridades administrativas o disciplinarias por quejas de error judicial.

Lo que resulta trascendente es que el marco normativo en el cual se desarrolla la lógica de las medidas cautelares constituya un impedimento del 64,7 % frente a un 29,4 % que lo permite. Estos resultados llevan a reflexionar sobre la totalidad del artículo 590 del cgr.

También se les pidió a los encuestados que respondieran la pregunta de cómo calificaban las exigencias que redactó la norma para concretar las medidas cautelares innominadas. La respuesta mayoritaria signó que no son excesivas las exigencias enunciadas en la norma, se expresó un 76,5 % frente a un 25,3 % de jueces que estima que son excesivas.

Elementos que estructuran la caución

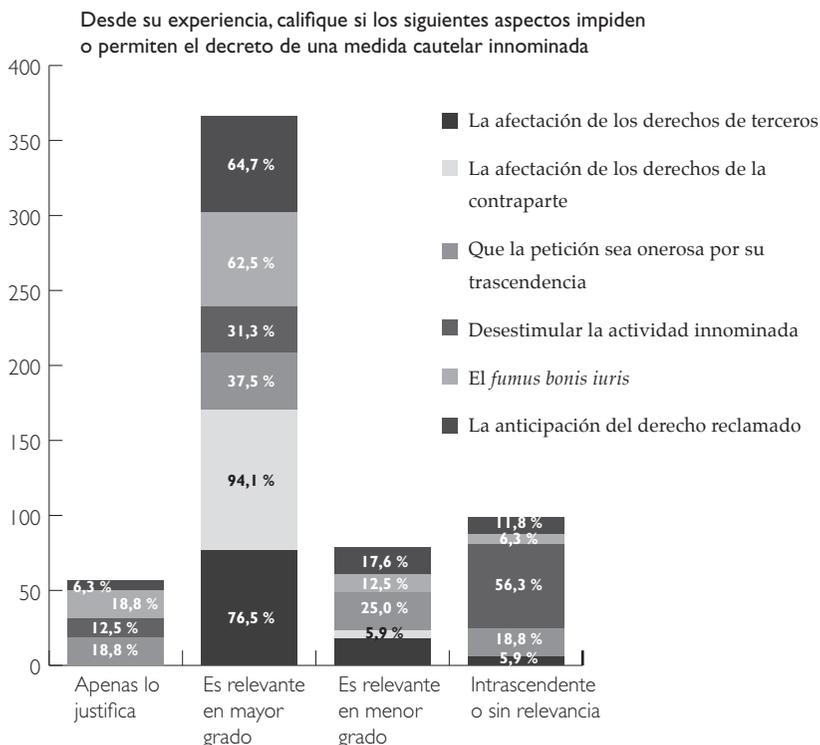
La caución en el ámbito de las medidas cautelares se otorga para dos cosas: una para ordenar su decreto, y otra para cuando se solicita por el afectado impedir su práctica o para levantar o modificar alguna de las decretadas. En cada uno de los casos hay unas reglas para su establecimiento; por ejemplo para su decreto, cuando la medida cautelar tenga un objeto de litigio de carácter pecuniario, el demandante deberá prestar una caución del 20 % del valor de las pretensiones presentadas en la demanda, con el fin de responder por futuras costas o perjuicios derivados de la práctica. Parece

un acto de enjuiciamiento sencillo. En el caso de solicitar su impedimento, práctica o modificación, la labor del juez se concentrará en determinar un monto de la caución, partiendo por garantizar el cumplimiento de la sentencia en una eventual sentencia favorable al demandante o por su posible impedimento en caso de no cumplirla. En esta última situación queda a discreción del juez.

Teniendo esas premisas legales iniciales se indagó sobre los elementos que tiene el juez al momento de decidir la caución, es decir, además de los cometidos legales había que explorar cómo pensaba el juez en el momento de la decisión trascendental. Cuando se sopesa cada uno de los elementos que tiene el juez en el momento de estudiar la caución para fijar el monto, este le da mayor relevancia a la afectación de los derechos de la contraparte (94,1%) poniéndose del lado de los objetivos de la ley. En este catálogo de criterios le sigue en su orden de importancia la afectación de los derechos de terceros (76,5 %); esta premisa es curiosa, los únicos involucrados son las partes y quienes se transforman de terceros a partes; sin embargo, los terceros, o mejor, quienes no tienen relación con el proceso, son sujetos que irradian la fijación del monto de la caución. En seguida y por su importancia, se tiene en cuenta la anticipación del derecho reclamado (64,7 %); esto tiene varias consecuencias que hay que tener en cuenta, el inciso 3 del numeral 1.º del artículo 590 del cgp determina que no se prestará caución cuando las medidas cautelares procuren anticipar materialmente el fallo, significa que el solicitante cuando connote una medida cautelar innominada anticipativa asegurativa del derecho reclamado no deberá pagar caución alguna; supongamos, para explicar el punto, que si el demandante con la demanda o en otra fase del proceso solicita mucho antes de la sentencia que se decrete una medida cautelar innominada para exigirle a su contraparte cubrir el pago de una prótesis para poder caminar o que se exija el suministro de una silla de ruedas, no debe pagar caución alguna. Manteniendo este caso en la explicación, se preguntaría qué monto de caución pagaría si el demandado exige el levantamiento. Para responder a este interrogante se diría que no cabría su levantamiento, que de entrada ya se ha anticipado materialmente el fallo, es más, cabría pensar que el decreto y su práctica por sí mismos, de la medida cautelar innominada de manera anticipada, han cubierto parte del derecho exigido.

Para seguir con el análisis partamos de los datos que arroja la gráfica.

El *fumus boni iuris* desempeña un papel trascendental en esa lista de temas relevantes, su guarismo arroja un 62,5 %.



GRÁFICA 6.
Aspectos para la fijación de la caución

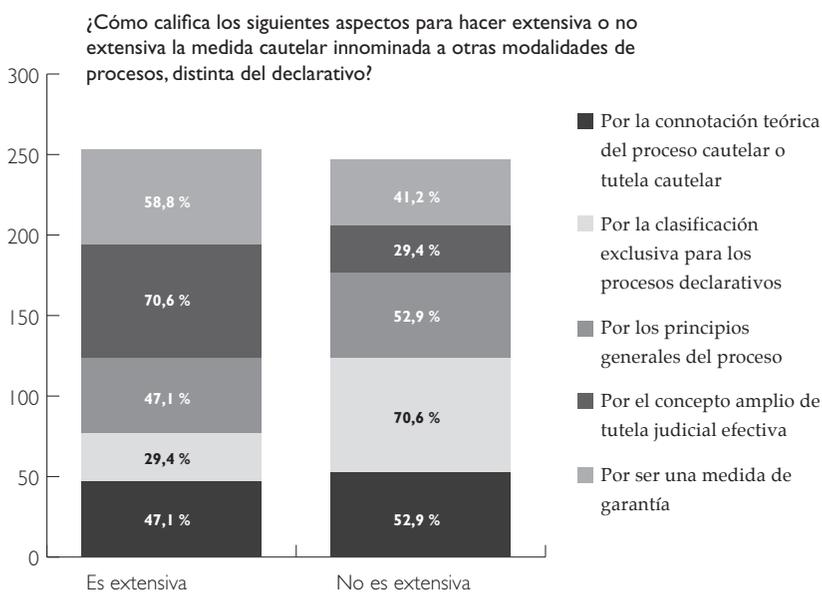
Medidas cautelares innominadas previas al proceso

La medida cautelar innominada que se practique antes de la iniciación de un proceso mina la teoría de la instrumentalidad requerida en las tesis tradicionales de las medidas cautelares. Tanto en el derecho italiano como en el español es permitido encontrar tipologías de medidas anticipatorias o autosatisfactivas. El artículo 589 del cgp prevé medidas cautelares ante la práctica de pruebas extraprocesales para asuntos relacionados con las violaciones a la propiedad intelectual, competencia desleal y en los casos que designe la ley. Complementa el artículo mencionado lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 23 del cgp que una vez presentada la medida cautelar anticipada dentro de los 20 días siguientes a su práctica, el solicitante deberá presentar la demanda correspondiente, so pena de levantarse la medida cautelar; esta cuestión es un trasplante del artículo 699 del Código de Procedimiento Civil italiano.

En el caso de esta investigación, se les preguntó a los jueces si ellos llevarían a trámite la solicitud de una medida cautelar innominada dentro de la fase de vigencia del cpc; la respuesta positiva se expresó en un 41,2 % y en que no era posible un 58,8 %. Esto quiere decir que hay un importante

número de jueces que dentro del régimen del CPC harían posible una medida cautelar innominada sin norma procesal que la contemplara.

Llevando el anterior argumento para analizar cuáles serían los supuestos sobre los que partirían los jueces para hacer extensivas las medidas cautelares innominadas a otros procesos distintos del declarativo, encontramos un curioso dato: en un 70,6 % en razón del concepto de tutela judicial efectiva se hacen extensivas a otros procesos distintos de los declarativos las medidas cautelares innominadas, pero con ese mismo porcentaje numérico no son extensivas a otros procesos por ser exclusivas de los procesos declarativos. Esto implica que el resultado es contradictorio; para asegurarse la fiabilidad de una respuesta se pueden revisar los demás porcentajes que exploraron acerca de los principios generales del proceso o la connotación teórica del proceso cautelar y los cimientos de las garantías. Revisando los resultados de los otros puntos tenidos en cuenta, observamos que por ser una medida de garantía tiene un grado de aceptación de un 58,8 %, distinto a si se tienen en cuenta los principios generales del proceso que arrojan un 52,9 % de no aceptación de su potencial extensivo a otros procesos. Si le adicionamos a este esquema de datos los elementos relacionados con la connotación teórica de proceso cautelar o tutela cautelar, expresa el 52,9 % que no es posible la extensión, tenemos que las opiniones de los jueces están divididas, que es muy probable que su decreto esté sujeto al temor de incurrir en error judicial, muy a pesar de tener un porcentaje importante de receptibilidad de extenderlo a otros procesos.



GRÁFICA 7.

Posibilidad de extender las medidas cautelares innominadas a otros procesos

Para una mayor comprensión del fenómeno que se detecta se pueden observar los datos de la gráfica 7.

Vistos los porcentajes, puede notarse que hay un grado de incertidumbre en la aceptación de una corriente que explore las medidas cautelares en otros procesos distintos del declarativo. Habíamos advertido que la encuesta también fue de orden semiestructurado permitiendo plantear preguntas a los jueces civiles del circuito de Bogotá. Ahora bien, como la encuesta se respondió por cada juez que accedió, se les enfatizó que sus respuestas serían anónimas, por esa razón, en las siguientes respuestas encontrarán una serie de expresiones acerca de una pregunta concreta que se planteó: a través de la excepción de inconstitucionalidad, ¿decretaría una medida cautelar innominada en el proceso ejecutivo? Para responder este interrogante se dieron las siguientes expresiones:

“No”.

“No. Digamos, la situación es diferente. Diferente porque, en un proceso declarativo hay una incertidumbre del derecho, y necesitamos adoptar todas las medidas como para que, al momento de fallar, tengamos certeza de cuál es el derecho que se va a reconocer, o incluso, el que se va a negar. Ya en un ejecutivo, partimos de un derecho cierto, ya sabemos que si es, digamos, un ejecutivo por pago de sumas de dinero, obligaciones dinerarias, partimos de un principio de que el patrimonio es garantía o prenda general de los acreedores, y pues limitar el comercio de unos bienes servirá de garantía. O sea, las medidas en los ejecutivos son claras y son suficiente garantía para la satisfacción de las obligaciones que se ejecutan”.

“Pasamos a un sistema un poco más amplio y bajo la interpretación de un sistema no reglado de medidas cautelares, yo creo que no se requería excepción de inconstitucionalidad, sino sería a través de la solicitud de la parte y en una aplicación extensiva de la norma creo que sería absolutamente viable. Pero diría una muy buena sustentación de la parte que la pide. Si no la hay, es muy complicado”.

“[...] Las medidas cautelares tienden a ser restrictivas, según pienso yo, están tipificadas. [...] Puede uno incurrir en una responsabilidad por el lindero penal por esa situación. La parte a la que se le va a decretar esa medida cautelar puede darse cuenta que el juez se salió de su cauce y lo puede denunciar penalmente con facilidad. Una cosa es que la Corte Constitucional decrete una excepción y otra es que el juez, el pobre juez civil o municipal, se ponga a decir que es inconstitucional; son palabras mayores. He inaplicado resoluciones en una tutela por considerar que el derecho fundamental no está protegido, pero en un proceso es muy difícil. Me negaría, así me lo pidieran”.

“No porque el ejecutivo cuenta con sus propias medidas y garantías que son suficientes para dicho proceso”.

“Podría aplicarse”.

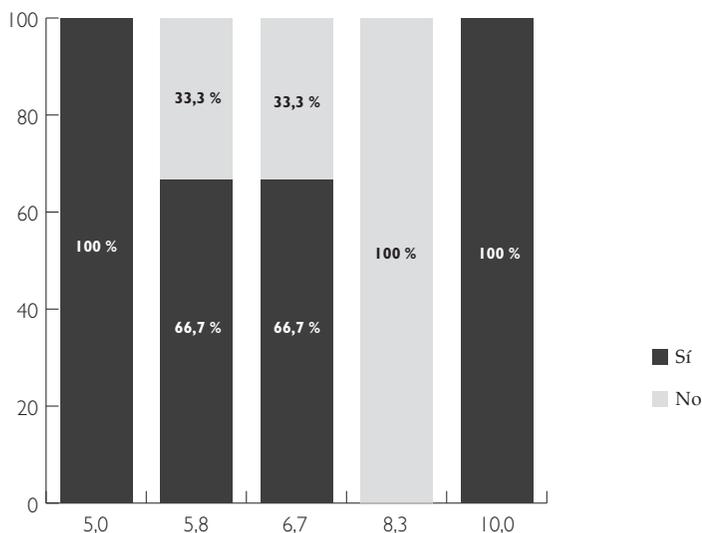
“Claro. Si no, entonces para qué está el juez constitucional”.

Las expresiones que apoyan una u otra tesis son variadas, por un lado, a las medidas cautelares innominadas se les encasilla en un plan normativo

que prevé un sistema taxativo de medidas cautelares para los procesos declarativos y ejecutivos, es decir, que el punto innominado se relaciona con el tipo de medida cautelar que se exige que se decrete, pero cuando se relaciona con la clasificación de los procesos su tendencia es negativa; es una línea con prudente respuesta que se acerca más a declinarse por la negación cuando en su decreto se encara a los procesos distintos de los declarativos.

Se les planteó a los jueces una pregunta que indaga por la posibilidad de extender la medida cautelar a los procesos ejecutivos. En las respuestas de este punto se cruzaron los datos con otras variables que relacionan los presupuestos para su decreto. En la gráfica 8 se observa que hay una clara tendencia a no decretarla; estos datos se ubican en el nivel más bajo de la escala; están entre 5, 5,8 y 6,7; en el otro extremo de la escala, por el contrario, están quienes se acercan más a permitirla total o parcialmente, ellos se ubican en el "sí" en una escala 8,3. En razón de esos datos, se observa que en este cuadro hay un fenómeno interesante, quienes consideran y permiten las medidas cautelares innominadas en el proceso ejecutivo parcialmente dirían que "sí" las decretarían, pero cuando se les pregunta que si las permitirían totalmente dicen que "no"; esto es una tendencia muy rara que matizaría por considerar que cabría un tipo de medidas cautelares innominadas relativas para el proceso ejecutivo, no con la misma intensidad que puede predicarse para los procesos declarativos. Al revisar los datos

Indicador de la pertinencia de la apariencia a buen derecho, el peligro en la demora y la cautela para decretar medidas innominadas y el decreto de una medida cautelar en un proceso ejecutivo



GRÁFICA 8.

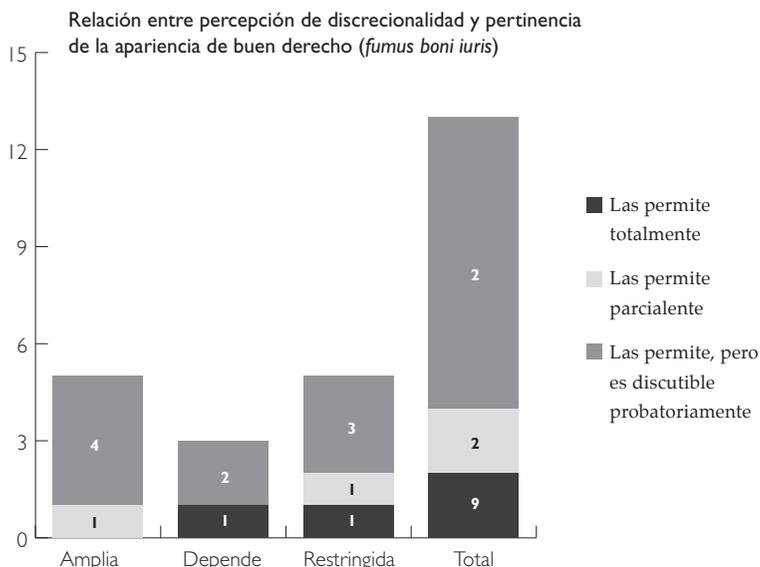
Posibilidad de extender las medidas cautelares innominadas en los procesos ejecutivos

con la aparente contradicción (sí, en una escala de 8,3 y, no, en una escala 10) se esperaría que las columnas que señalan el polo hacia permitir las parcial o totalmente se comportaran de manera similar. Subrayamos que, dados los datos, surgiría un hallazgo de dar paso a una nueva tipología de medidas cautelares intermedias innominadas. En el agregado o dato final la tendencia “sí” es negativa en un 69,2 % frente a un 30,8 % de receptibilidad a decretarla en un proceso ejecutivo, es decir que mayoritariamente demuestra que los jueces tienden a no decretarla.

La discrecionalidad en las decisiones judiciales cuando se enfrenta el decreto de la medida cautelar innominada

En el momento de definir la medida cautelar innominada el *fumus boni iuris* desempeña un papel relevante en la teoría; esta sería una cuestión para constatar la apariencia de buen derecho sobre los supuestos en que se basa la solicitud. Para estructurar y apreciar esa forma de expresión del derecho y hechos, el juez que decide sobre esas medidas proyecta su decisión en argumentos discrecionales.

En la gráfica 9 se puede apreciar que hay una clara división entre los jueces, sobre cómo captan, y el papel tiene la discrecionalidad en el momento de su decisión; se considera que la permite total y parcialmente en un 50 %; en el total que expone dicha gráfica representan ambos datos un 38,5 %. Quiere decir que hay un amplio margen de subjetividad en el momento de definición de la medida cautelar, esto se expresará en la argumentación negativa o positiva, ese grado de discrecionalidad se explora en sus manifestaciones de apreciación jurídica o fáctica. Cuando se contrasta su nivel de discrecionalidad con la base fáctica, surgen cambios en los porcentajes; se percibe que la discrecionalidad que proviene de los enlaces jurídicos permite las medidas cautelares, pero que cuando entra en un grado de discusión con la prueba de la apariencia de buen derecho resulta que depende en un 23,1 %, frente a los totales. Todo esto implica que los jueces clarifican su posición cuando en su motivación exploran el campo de las pruebas, ellas tienen un papel contundente, de allí que las partes tengan y hagan un uso razonable de la efectividad de su medida si se concentran en su comprobación fáctica. Ahora bien, no por aportar un grupo de pruebas se da por sentado su decreto, se requiere también increpar en ese campo subjetivo del juez en que descansan los razonamientos y valoraciones probatorias.



GRÁFICA 9.

Percepción de la discrecionalidad y pertinencia de la apariencia de buen derecho

Cuando se percibe de manera amplia la discrecionalidad, no quiere decir que se raya con la subjetividad más cortante, el juez como director del proceso tiene toda la discrecionalidad para decretar o negar una medida cautelar; debe enlazar en sus aproximaciones a la decisión los presupuestos de los que habla el artículo 590, entre ellos, por ejemplo: la falta de legitimidad o de interés o la desproporcionalidad de la medida como su efectividad; de todas formas, en estos razonamientos negativos habrá un rol activo del juez en vía de decretar una medida cautelar menos gravosa u otra diferente de la solicitada. Pero si la negación se debe a la falta de legitimación o de interés, habrá una contundente negación o la inexistencia de una amenaza o vulneración del derecho.

De alguna manera, la discrecionalidad está determinada por la petición de la parte solicitante. El juez determinará su procedencia o no procedencia, qué tan viable es para garantizar el derecho que está controvertiéndose o las pretensiones que se han planteado; se hace necesario revisar cómo causarle el menor perjuicio a la parte demandada o afectada con la medida. No puede olvidarse que el papel de la discrecionalidad está ligado a garantizar las pretensiones e incluso pueden anticipar materialmente el fallo, de allí que hay que procurar el menor perjuicio posible a la contraparte o la aproximación a la comprobación casi definitiva del derecho.

El porcentaje de discrecionalidad que depende del *fumus boni iuris* hará énfasis en su negativa en un 23,1 % que no requiere una amplia discrecionalidad; bastará verificar que se cumplan los presupuestos del literal c) del artículo 590 del cgp. Como lo mencionaba, hay una discrecionalidad

relativa cuando al decretarla el juez, dado su rol, permite decretar una medida cautelar diferente de la solicitada siempre y cuando recaiga en unos presupuestos de efectividad y proporcionalidad.

Este acto no implica prejuzgamiento cuando se relaciona con los elementos necesarios requeridos para decretar la medida cautelar, es decir, la norma contempla los elementos para que se decrete o no. Por ende, la discrecionalidad del funcionario para decretar la medida debe ser relativamente inferior. Por ejemplo, para el caso de determinar la caución, la norma expresa el parámetro del 20 % sobre el valor de las pretensiones estimadas en la demanda. Eso elimina el debate sobre el monto de las cauciones, la norma adscribe una razonada discrecionalidad para el juez que no raya en la negación de ella; al incorporar una serie de elementos y exigencias hace que el ejercicio sea menos riguroso por parte del juez, pero sigue siendo apenas una medida que resulta apenas eficiente solicitar, no acerca la demanda a su extremo más lejano, esto es, la sentencia. La discrecionalidad se expresa para proponer una menos gravosa o diferente de la solicitada, pero no atrapa el móvil más relevante, esto es que ella por sí misma pueda evitar la pérdida de tiempo de un juicio, o que acerque los polos más lejanos (inicio y fin del proceso). Los datos que defienden la fórmula que la permite, pero es discutible probatoriamente, penden la discrecionalidad en la frontera del *fumus boni iuris* como un presupuesto que involucra un nivel de control judicial limitado (al indicar una lista de presupuestos en el análisis). Esta relativa discrecionalidad proviene de una alta exigencia en los mínimos exigidos para solicitar las medidas cautelares.

Relación entre la discrecionalidad y la pertinencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

Se quisieron comparar dos modalidades de respuestas, una relacionada con los aspectos que motivan el decreto o negativa de la medida cautelar innominada y la caución; se pretendía indagar sobre su amplia o restringida discrecionalidad. Esto a su vez se cruzó con la pertinencia del elemento relacionado con la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) si la permite total o parcialmente o su decisión depende de aspectos probatorios.

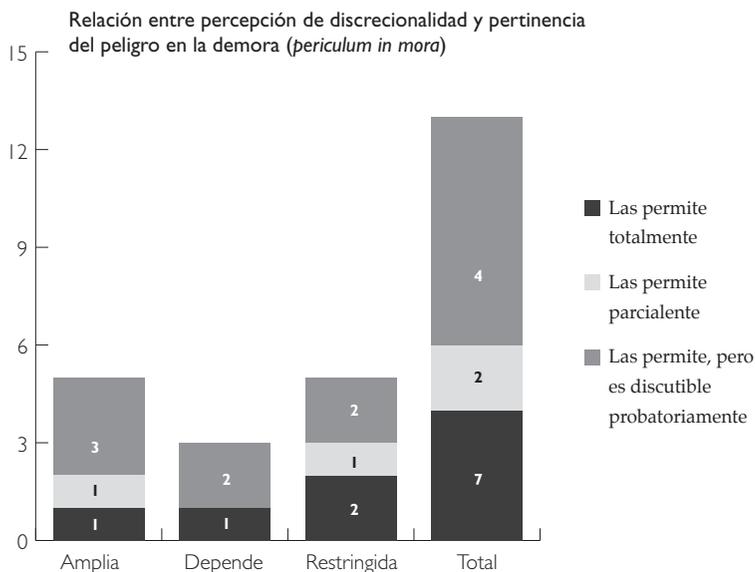
Al analizar si la discrecionalidad es amplia, depende o es restringida cruzada con la pertinencia de la apariencia de buen derecho que permite las medidas cautelares, las respuestas fueron las siguientes: en un porcentaje del 50 % depende; el otro 50 % mencionó que la discrecionalidad es restringida. En tanto que cuando la pertinencia del buen derecho permite parcialmente las respuestas, confrontada con la discrecionalidad subraya un 50% para la amplia y para la discrecionalidad restringida el otro 50 %.

Cuando la discrecionalidad se mide con la pertinencia de la apariencia de buen derecho, el comportamiento de las respuestas varía, 44,4 % para la discrecionalidad amplia; 33,3 % para la restringida y para la discrecionalidad que depende de factores probatorios se precisó un 22,2 %. Aquí el comportamiento es más dispar, hay más fluctuación en los porcentajes. Hay una clara mayoría que argumenta que la discrecionalidad las permite de manera amplia aunque ella sea discutible, pero otros señalan que la discrecionalidad es restringida en un porcentaje también elevado, achacarían que al insertar las normas, métodos para considerar las cauciones y requisitos para decretar las medidas cautelares restringirían la discrecionalidad.

De todos estos datos, la mitad de los jueces manifiesta que hay una discrecionalidad amplia y otros que es restringida (se ciñe a factores indicados en la ley). Con la discrecionalidad que depende de discusiones probatorias la enmarca en un 23,1 %. Las percepciones de la discrecionalidad están divididas y un pequeño margen opera en el campo probatorio. Este tipo de porcentajes lo que muestra es que hay una polarización entre la discrecionalidad amplia y restringida. Los jueces parecen estar divididos, o que no hay una tendencia muy clara en su percepción de la discrecionalidad, para algunos es amplia, pero en su mismo porcentaje para otros es restringida, y hay otro porcentaje de jueces que quedan en la tendencia de que está dependiendo; esto configura un dato oportunista.

Relación entre la percepción de discrecionalidad y pertinencia del peligro en la demora (*periculum in mora*)

Esta relación se da cuando se cruza la discrecionalidad del juez para decretar o negar una medida cautelar y resolver una caución con el *periculum in mora*. En los datos que arroja la gráfica 10 se puede ver que hay una tendencia a mostrar que hay una discrecionalidad que depende en un 50 % cuando se trata de estas decisiones. Esto demuestra que el peligro en la demora constituye un elemento que es típicamente exigido por los jueces. En la gráfica, el 35,3 % de los jueces denotaron que era un presupuesto pertinente en el abanico de elementos demostrables. Quiere decir que cuando se demuestra fehacientemente el *periculum in mora*, el juez tiene suficientemente claro que la discrecionalidad es restringida, esto quiere decir que hay una restringida subjetividad del juez; aunque la norma, desde el punto de vista positivo, no postule en qué consiste el peligro en la demora (no habría por qué señalarlo) permite que se consoliden aspectos de eficiencia de la jurisdicción.



GRÁFICA 10.

Percepción de la discrecionalidad y pertinencia de la apariencia de buen derecho

Se sigue manteniendo una polarización cuando se compara el peligro en la demora con la percepción de la discrecionalidad; la polarización se enfrenta a dos posibles postulados, por una parte, para quienes la consideran amplia, se centran en el potencial de dirección del proceso del juez, para decidir negarla o decretarla, claro está, acogiendo una lista de presupuestos. Cuando la discrecionalidad se plantea como restringida, se supone que las partes tienen la carga procesal de determinar todos los elementos de la medida cautelar innominada solicitada, implicando en ellas un esfuerzo notable en su grado de argumentación; es decir, campea aún la idea del principio dispositivo a efecto de exigir cierta medida cautelar y cierta autonomía del juez para limitar o modificar las medidas solicitadas. Esta discrecionalidad arrojaría un control que lo limita a los presupuestos y pautar dificultades en el decreto o negación de estas; es muy probable que haya una tasa alta de recursos de apelación por tales motivos. La polarización de los jueces al determinar que la discrecionalidad puede ser amplia o restringida frente a las medidas cautelares, demuestra que apenas es suficiente exigir las medidas cautelares, esto repercute en que el control frente al peligro en la demora mengüe la celeridad del proceso, al expandirse los casos de recursos de apelación producto de las motivaciones de los jueces frente a las medidas cautelares y su caución cuando se considera decretarlas, impedir las o levantarlas. A corto plazo hará ineficaz la tutela judicial que se persigue mediante esta vía procesal. Habría que revisar si se opta por un sistema de control y decreto de medidas cautelares mínimo o limitado o amplio. El control mínimo solo se adscribiría a determinar las dificultades

en la solicitud de la medida cautelar, sería un ejercicio sencillo que le abriría el campo a invocar variedad de medidas, la razón es porque solo se controlaría su solicitud. En tanto que si el control judicial es limitado y se cierne a cumplimentar una serie de presupuestos indicados por la ley, proyectará una mayor discusión en sus aspectos y requisitos y se desviará la tutela cautelar que ha de brindarse en cualquier proceso. Esto quiere decir que a mayor control judicial en los presupuestos de las medidas cautelares innominadas, habrá menor celeridad del proceso. Finalmente, habría que discutir si la caución, tal como está regulada, aún se reporta como requisito para decretar las medidas cautelares; la tensión que genera su decreto bien para decretarla o para impedirla puntúa un control exagerado que revierte el poder de las medidas cautelares.

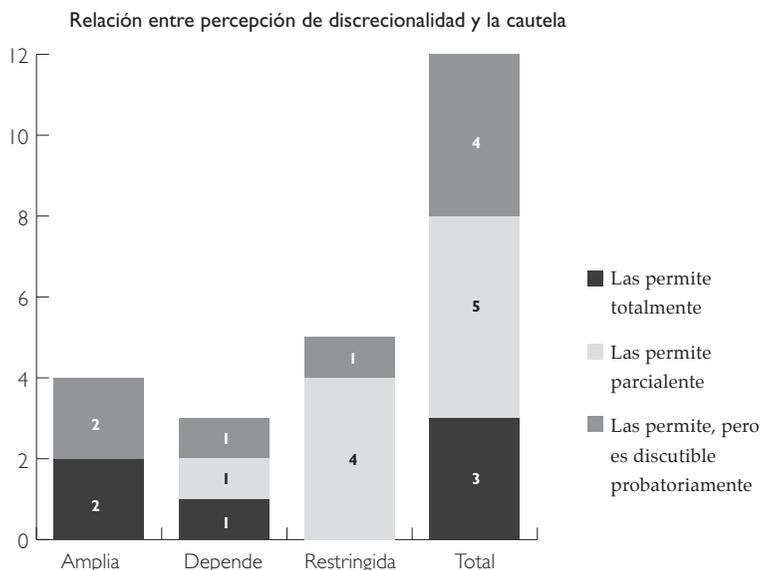
Concluyendo, los jueces están divididos al responder al peligro en la demora, hay quienes en su reflexión abogan por permitirlo en un 38,5 %, y otro tanto cuando precisan que su discrecionalidad para resolver el tema del *periculum in mora* es de la misma proporción, esto es un 38,5 %. Hay una clara división de pareceres que globalmente no formula una tendencia, esto será preocupante a la hora de plantear las medidas cautelares innominadas.

La discrecionalidad relacionada con la cautela

La cautela tiene un grado de pertinencia del 41,2 % del total de jueces encuestados; en un 5,9 % se le considera un obstáculo para su decreto (véase la gráfica 2). Ahora bien, en la siguiente gráfica puede observarse que la cautela tiene un papel primordial en la discrecionalidad que expone el juez en sus providencias judiciales; cuando es visto que el presupuesto las permite parcialmente, arroja un 66,7 % de amplitud de la discrecionalidad; cuando el argumento es que la cautela las permite totalmente, pero la respuesta es restringida, arroja un 80 %, cuando el presupuesto de la caución es visto que se discute probatoriamente el grado de discrecionalidad que expresa es que su discrecionalidad es amplia en un 50 %.

Al revisar los resultados totales se puede decir que la relación de la percepción de la discrecionalidad es restringida cuando se toman decisiones sobre ella, esto explicaría de alguna manera que la cautela se preste basados en el criterio numérico del 20 % del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y los perjuicios que se derivan de la práctica de las medidas. La explicación del 33,3 % podría provenir del potencial que tiene el juez, bien sea de oficio o a petición de la parte, que pueda aumentar o disminuir el monto de la caución cuando se considere razonable, o si es del caso, fijar uno superior en el momento de decretar la medida. Aunque hay un límite que deberá prestarse, no

constituye una barrera aumentar o disminuir una caución, pero sí asegura un mayor número de apelaciones sobre este punto.

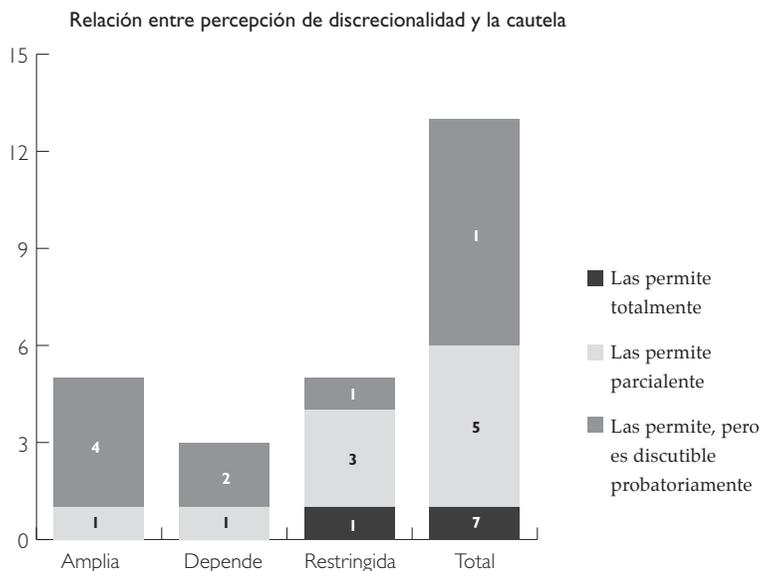


GRÁFICA 11.

La percepción de la discrecionalidad y la cautela

La percepción de la discrecionalidad y el perjuicio irreparable

En la gráfica 12, cuando se relaciona la discrecionalidad con el perjuicio irreparable, se observa que cuando las permite total (60 %) o parcialmente (100 %) los resultados son interesantes, apuestan a una discrecionalidad restringida. Pero cuando las permite, pero es discutible probatoriamente, tiene otra tendencia distinta de la anterior, aquí la discrecionalidad se concibe como amplia. Todo esto conlleva que al consolidar los distintos porcentajes arroje un total del 38,5 % que hace consideraciones de una discrecionalidad amplia y restringida en la misma proporción y que la discrecionalidad que depende para hacer realizable el decreto o la negativa de la medida cautelar se apunte a un 23,1 %. Esto demuestra que el perjuicio irreparable conforme una barrera de discusión cuando se trata de estudiar este presupuesto, es un considerable argumento que ve sus límites en las apreciaciones de los jueces; al caracterizar el perjuicio que es irreparable discurrirá en un campo de responsabilidad subjetiva, es decir, que si no se presta la medida cautelar habrá un perjuicio que ni medida cautelar alguna remediará o morigerará el derecho.



GRÁFICA 12.

La percepción de la discrecionalidad y el perjuicio irreparable

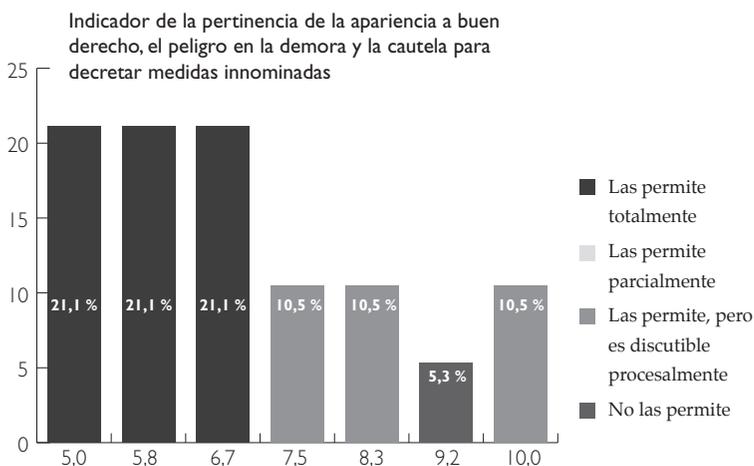
Subsidiaridad de las medidas cautelares innominadas

Se puede plantear en las decisiones de los jueces que nieguen la posibilidad de una medida cautelar innominada a cambio del decreto de una medida típica. Aunque no es un presupuesto de las medidas cautelares, puede terminar convirtiéndose en una especie de principio que releve al campo de la subsidiariedad las medidas innominadas. Cuando el juez de oficio estime la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. Esto explica que del grupo de 19 jueces encuestados el 75 % de ellos expongan que es amplia su discrecionalidad para permitir parcialmente otras medidas cautelares típicas. Sin embargo, cuando se estudia la posibilidad del decreto de otras medidas típicas a cambio de las innominadas desde el punto de vista probatorio se plantearía un 66,7 % de restricción. Quiere decir que el juez se encuentra más cómodo decidiendo sobre medidas típicas que sobre innominadas, que gran parte de la discusión se cierne sobre aspectos puntuales de prueba que conllevan una tendencia relevante; eso explica el 41,2 % de pertinencia de elemento requerido para decretar las medidas cautelares innominadas de la gráfica 2.

Indicador de la pertinencia de la apariencia del derecho, con el peligro en la demora y la cautela para decretar las medidas innominadas

En este punto se pretendió detectar un indicador que permite apreciar la pertinencia de la apariencia del derecho, con el peligro en la demora y la decisión de la cautela. La escala se describió puntuando en 4, que las permite totalmente; en 3, cuando las permite parcialmente; en 2, cuando las permite, pero es discutible procesalmente, y la extrema más baja con 1, para las que no las permite. Es decir, los presupuestos clásicos de las medidas cautelares se plantearon en términos de indicadores, así que se creó un indicador normalizado hasta 10 para facilitar su lectura.

Lo primero que arrojan las flechas que están puestas en la parte inferior de la gráfica 11 es un interés de los encuestados en pararse en la mitad de la escala; o sea, para ninguno *no las permite*, todos empiezan desde *las permite*, pero es discutible pues no hay ninguna tendencia de impedir las, y lo que demuestra esta gráfica es que la mayoría está concentrada en la escala más baja, es decir, entre las permite pero es discutible procesalmente y las permite parcialmente (63,3 %) de la muestra, y el restante 36 % considera que las permite parcial o totalmente en una escala mucho más amplia.

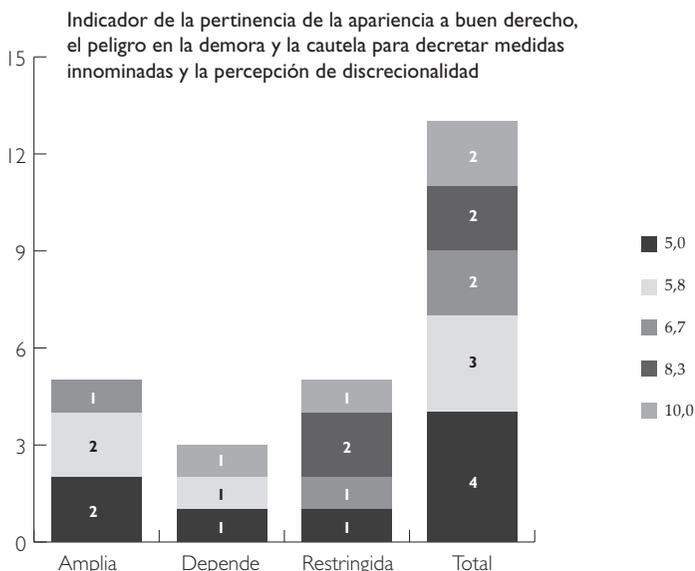


GRÁFICA 13.

Indicador de la apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la cautela

Indicador de la pertinencia de la apariencia del derecho, con el peligro en la demora y la cautela para decretar las medidas innominadas y la percepción de discrecionalidad

En este indicador hay un punto interesante, están más cercanos a la dificultad, consideran que la discrecionalidad es alta, cuando se paran en la mitad dicen es amplia y restringida y hay polos similares (50 %), y cuando se para en la siguiente categoría que las permite parcialmente, entonces les parece restringida la discrecionalidad; esto se convierte en una tendencia interesante.



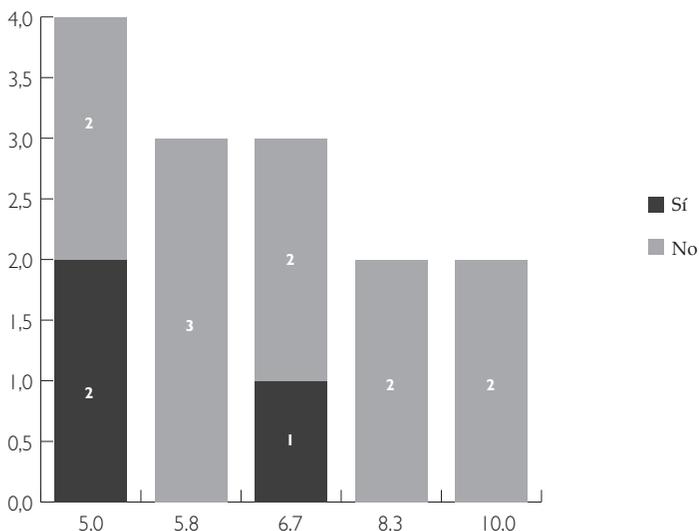
GRÁFICA 14.

Indicador de la pertinencia de la apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la cautela y la percepción de discrecionalidad

Indicador de la pertinencia de la apariencia del derecho, con el peligro en la demora y la cautela para decretar las medidas innominadas y la percepción de la carga procesal

Este indicador plantea una amplia singularidad de que la carga procesal es altamente exigida en las medidas cautelares innominadas sacando del campo el poder inquisitivo y de dirección del juez en el decreto de ellas. Desde otro punto de vista de los datos arrojados, se observaría que la carga procesal de solicitar la medida cautelar sí afecta la pertinencia de los elementos que conforman la medida cautelar. No bastará con solicitar una medida cautelar cualquiera que le imprima a la discrecionalidad un

factor determinante. De hecho, a los jueces les parece que es alta la carga procesal de quien pretende exigir una medida cautelar, y la tendencia no se ve afectada por su percepción de la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la cautela. Es sólido para los jueces el hecho de que es alta la carga procesal de quien las solicita independientemente de los otros factores.



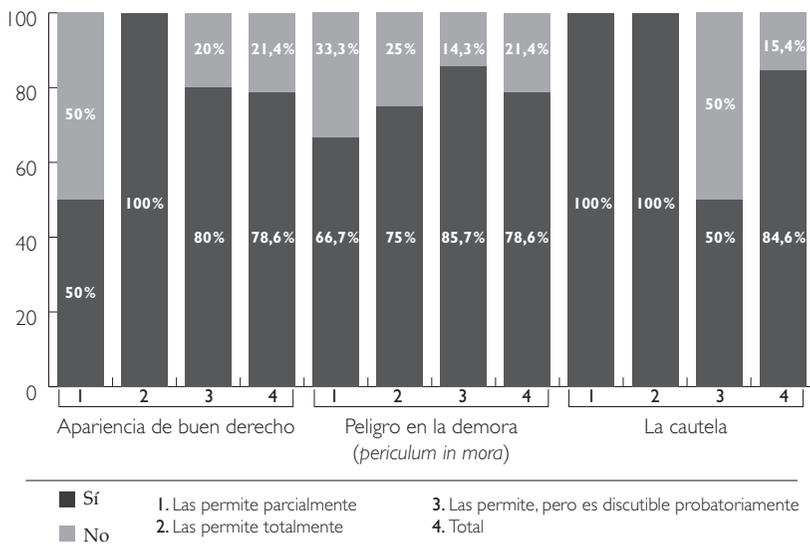
GRÁFICA 15.

Indicador de la pertinencia de la apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la cautela y percepción de la carga procesal

Una vez que se presenta la petición de la medida cautelar innominada, se ha precisado que hay tres temáticas que influyen en la decisión. En la gráfica que se presenta a continuación se explica el porcentaje de influencia que tienen los presupuestos de las medidas cautelares en la carga procesal en términos de *sí* o *no*.

Ahora bien, al revisar la carga procesal que tiene el solicitante en la gráfica 15 se expresan unos porcentajes que explican desde la perspectiva del juez la pertinencia de buen derecho, el peligro en la demora y la cautela en términos absolutos: *sí* o *no*, permitiendo reproducir porcentajes que explican la aproximación temática del grupo de encuestados. En el caso de la cautela, la carga procesal para quien la solicita puntúa un porcentaje del 50 % similar para el *sí* y el *no* cuando hay reproches probatorios; cuando la medida cautelar es permitida total o parcialmente, se asumió la respuesta por el *sí* en un 100 %. Sin embargo, revisando los datos de manera horizontal, puede concluirse que la carga procesal sí tiene un papel preponderante en la toma de decisión de la caución, alcanzando un 84,6 % frente a un 15,4 % que se decidió por el *no*.

Si se tiene en cuenta el peligro en la demora (*periculum in mora*), la carga procesal ostenta un 78,6 % de incidencia. La apariencia de buen derecho también alcanza un grado de influencia del 78,6 % en la carga de la parte. Claramente se observa que hay una tendencia al *sí*, que estos presupuestos influyen la decisión y que pende de la parte solicitante.



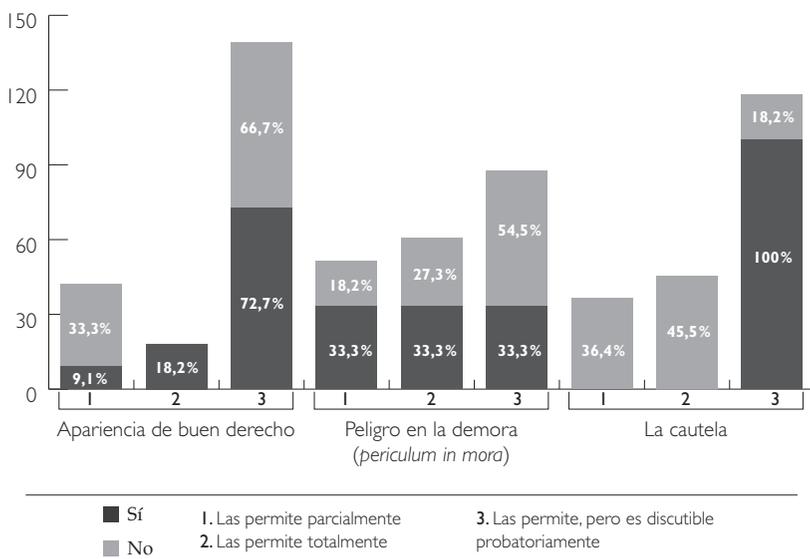
GRÁFICA 16.
Temáticas que influyen la carga procesal

En otro punto de análisis si tengo en cuenta los datos de los encuestados que dijeron que *sí* son una carga procesal los presupuestos, es relevante indagar cómo se dividen las anteriores percepciones temáticas. El resultado es la siguiente gráfica.

Quando se decreta la medida cautelar, la apariencia de buen derecho desempeña un papel relevante, su influencia es del 72,7 %; por debajo está el *no* como respuesta con un 66,7 %, esto implicará que la parte que presenta el escrito deberá sustentarlo y probarlo para no caer en los porcentajes negativos de su decreto. Hay una clara receptividad del juez a decretar la medida cautelar cuando se prueba la apariencia de buen derecho basado en una discusión probatoria, es decir, se puede decretar la medida cautelar, pero el juez aún se reserva su prueba. Esto conlleva a tener una conducta prevenida hacia las medidas cautelares de este tipo, pero cuando es claro el derecho y nada discutible, se inclinan por el *sí* en un 18,2 %; este es un dato relativamente bajo frente a aquellos en los cuales se decreta parcialmente o hay un parámetro de discusión probatoria. Todo ello arrojaría que la prueba tiene un papel preponderante en los casos en que se plantean medidas cautelares innominadas, la tendencia es que hay muy

pocos casos claros y evidentes para su decreto y que abundan aquellos en los cuales se sospecha del derecho y hechos en que los basan.

¿Considera usted que describir en qué consistirá la medida cautelar es una carga procesal de quien la solicita?



GRÁFICA 17.

División de las temáticas que influyen en la carga procesal

El peligro en la demora desempeña un papel relevante, pero no tan destacado como el anterior presupuesto. En un 54,5 % las permite, pero se discuten probatoriamente los aportes que haya expresado la parte solicitante; es un indicador que expresa que la medida cautelar opera por ruego de las partes y no se plantean correctivos o insinuaciones para corregir los elementos que fallan para enmarcar el peligro en la demora. Finalmente, la cautela para los 19 jueces encuestados resulta ser un elemento que se considera, partiendo de los argumentos planteados por la parte solicitante en su escrito o en la demanda, entonces, no debería tener tanto protagonismo la cautela en los presupuestos para su decreto, esto viene a conformar una barrera formal para impedir que se concreten las medidas cautelares innominadas.

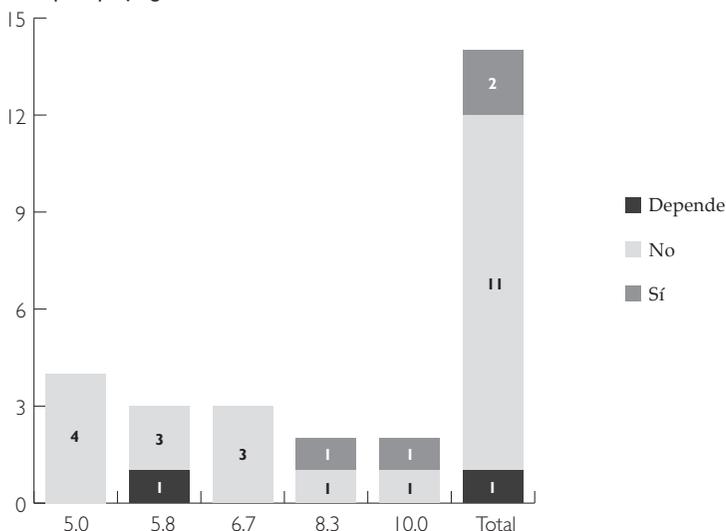
La percepción del prejuzgamiento

A partir de la gráfica 17, la tendencia es que el prejuzgamiento no constituye una influencia predominante hasta la mitad de los indicadores, es decir, cuando en las decisiones que expresa que no las permite su escala se ubica desde 6,7 hasta 5, pero cuando se acerca hacia el polo de que las permite totalmente no hay tendencia, hay una clara polarización entre los

jueces, 50 % de ellos señala que sí se está ante un acto de prejujuamiento y otro porcentaje igual expresa que no se está en presencia de tal reflexión.

Con el resultado total se puede predicar una tendencia que asegura que no implica prejujuamiento cuando el juez se inclina por su negativa, en el caso contrario, cuando se muestra la polarización en la respuesta (50-50), lo que demuestra es que la medida cautelar innominada funge de accesoria y pocas implicaciones tendría con la sentencia, esto es, la llamada instrumentalidad absorbería todo impacto de celeridad en el proceso. Lo ideal es que la medida cautelar innominada genere un impacto en la celeridad y finalización del proceso, un efecto tal que desestime la continuidad del proceso al inclinarse hacia el ideal de anticipación del derecho. Si el nivel de análisis del prejujuamiento sigue la misma carrera de las medidas cautelares típicas, de consolidarse esta ilusión del proceso, trasciende en permear como sostén de ella el carácter instrumental que avivaría su accesoria menguando la posibilidad de adaptar medidas autosatisfactivas o anticipatorias que por sí mismas minan la instrumentalidad. Esa polarización demuestra la influencia teórica del prejujuamiento e instrumentalidad de la medida cautelar.

Indicador de la pertinencia de la apariencia a buen derecho, el peligro en la demora y la cautela para decretar medidas innominadas y la percepción sobre si el decreto de una medida cautelar innominada implica prejujuamiento



GRÁFICA 18.

Los presupuestos de la medida cautelar innominada y la percepción del prejujuamiento

Para apoyar la explicación del resultado de la gráfica anterior se propuso una pregunta abierta que se les planteó a los jueces; la pregunta fue si ellos creían que el decreto de una medida cautelar innominada implicaba

prejuzgamiento. Las respuestas que se generaron describen el resultado de la gráfica anterior. Para la mayoría (78,6 %) no implica un prejuzgamiento, algunas expresiones de los encuestados indican que se trata de una institución autónoma que no interfiere en la resolución del litigio o en la protección de los derechos reclamados; para otros, su conducta de juzgamiento es parte de la expresión que la ley autoriza. Nadie tiene en mente decidir para poner remedio de inmediato al derecho reclamado o que se pretende proteger o salvaguardar. Los jueces no están pensando que el decreto de la medida cautelar puede tener un efecto eficaz que haga madurar a las partes para resolver la situación sin tener que esperarse hasta la sentencia. Otros jueces consultados expresaron que el acto de decidir sobre estas medidas se asimilaba al mismo ejercicio de las medidas cautelares nominadas. Respuesta que fundamenta el alto grado de instrumentalidad y accesoriedad que ostenta la medida cautelar innominada.

Siguiendo con las percepciones de los jueces, algunos predicen que se requiere un sutil prejuzgamiento dado que la negación de la medida cautelar involucrará la negación de un derecho que podrá aguar el efecto de una futura sentencia, es lo que se llamaría *sentencia para enmarcar*; otros encuestados han señalado que algunas medidas cautelares innominadas que se han decretado han sido negadas por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá ante la sospecha de prejuzgamiento fundamentando su revocatoria en la negación de ellas ante un supuesta baja de prosperidad de las pretensiones en la instancia.

Se evita el decreto o negación de la medida cautelar fundados en los argumentos expuestos por la contraparte; estas pruebas son esenciales en el panorama de la motivación que puede cambiar e influir radicalmente. En el acto de enjuiciar la medida cautelar innominada se hace un ejercicio que se acerca a la decisión del objeto del litigio.

Para otros jueces la conducta con que se decide no es propiamente un prejuzgamiento, es una medida de orden garantista de los derechos de las partes involucradas. El juez tiene una facultad amplia para decretar, negar o modificar las medidas basado en la prueba de la apariencia del buen derecho, allí es donde hay que poner el acento, hay que ser cuidadoso, dado que en algunos casos los razonamientos fácticos de las partes pueden ser contradictorios e incluso engañosos, por ejemplo, predicar una legitimidad que no ostenta o dilucidar el interés una vez se tenga claridad, que generalmente se advierte cuando se contesta la demanda; por esa razón, el acto de enjuiciar antes de la contestación de la demanda debe ser más estricto que el posterior a su contestación. Su acto de decisión es un juicio de valor al que le falta una pieza probatoria proveniente de la contraparte, de allí que los presupuestos que enuncia el literal c) del artículo 590 del CGP hay que analizarlos con cuidado, sin perder de vista que el solicitante

puede en el futuro con algún grado de probabilidad perder o ganar el proceso civil entablado.

Para otro sector porcentual de jueces, el 14,3 %, implica que sí se está ante un acto de prejujuamiento cuando no se valora estrictamente la apariencia de buen derecho y la real comprobación de un derecho amenazado o transgredido. Su ejercicio por sí mismo implica un grado de prejujuamiento legítimo.

CONCLUSIONES

De manera general se podría concluir que las medidas cautelares innominadas presentan una baja frecuencia de solicitud en los juzgados civiles del circuito de Bogotá.

Las normas que regulan las medidas cautelares innominadas tienen una aceptabilidad entre los jueces, sin embargo, no hay una tendencia a decretar medidas cautelares innominadas, los jueces son restrictivos. Al parecer la decisión de la medida cautelar depende del juez en particular y de su interpretación. No es un tema que se resuelva fácilmente apoyado en los presupuestos necesarios que se basan en aspectos discrecionales. Para decretar una medida cautelar se debe elevar el argumento por parte del solicitante para tener una mayor receptividad en su decreto, si es débil probatoriamente, así se tenga el *fumus boni iuris* la tendencia es a no decretarla.

Si solo se expresan en la solicitud los presupuestos, pero no se comprueban, hay una negación tajante. Los datos sobre la denegación son dispares, en unos aspectos hay una tendencia clara de decretarla, pero en otra gráfica cambió completamente así se mantengan las mismas variables.

A pesar de que los jueces consideren que se permiten totalmente las medidas cautelares innominadas, cuando se cruza con la variable de la carga procesal se declina el decreto de estas. Eso refiere a concluir que hay una concepción personal del juez que la saca de las tendencias de favorecer su decreto. Lo único claro es que la medida cautelar es una carga alta para quien la solicita.

Cuando se plantea el elemento del prejujuamiento, se podría concluir que no hay prejujuamiento en la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Calamandrei, Piero. *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1984.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Barcelona: Bosch, 1942.
- Esquirol, Jorge L. *Derecho fallido en América Latina*. Documento en discusión, 21 de mayo del 2008.
- Esquirol, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, 2014.
- García Sarmiento, Eduardo. *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, capítulo XII. Bogotá: El Foro de la Justicia, 1981.
- Gedipro. *Las propuestas de codificación procesal merecen civil merecen un giro histórico*, capítulo II. Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales, coordinadora y coautora María del Socorro Rueda Fonseca. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis, 2013.
- Gozaini, Osvaldo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Herce Quemada, Vicente. *Derecho procesal civil*. Madrid: Artes Gráficas, 1976.
- Kielmanovich, Jorge L. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- López Blanco, Hernán. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, 11 ed., tomo I. Bogotá: Dupré, 2012.
- Rendeti, Enrico. *Derecho procesal civil*, tomo II. Buenos Aires: E. J. E. A., 1971.
- Rueda Fonseca, María. *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales*. Bogotá: Temis, 2013.
- Rueda Fonseca, María. *La raíz del Código General del Proceso*. Libro colectivo. Barranquilla: Ediciones Uninorte, Ibáñez, 2014.

Normativa y jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina. 1977/10/12, "Copelio, Darío H., suc. C Domínguez, María G", La Ley *on line*.
- Código de Procedimiento Civil. Libro cuarto. Medidas cautelares, títulos xxxiv y xxxv.
- Código de Procedimiento Civil. Artículo 690, numeral 1, literal a.
- Código de Procedimiento Civil italiano. Art. 700 Citado por Jairo Parra Quijano, *Medidas cautelares innominadas*. Consultado en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.
- Código Procedimental Civil de Perú. Artículo 635. Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Argentina. Consultado en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>, el 19 de octubre del 2015.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 del 2012. "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* 48 489 de 12 de julio del 2012.

Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Ley 17 454 de 18 de agosto de 1981. Buenos Aires, *Boletín Oficial*, 27 de agosto de 1981, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículos académicos

Barrozo Osorio, Tulia. "De las medidas cautelares en general". *Saber, Ciencia y Libertad* 4, 1, enero-julio, 2009, p. 133.

Cardona, Santiago *et al.* "Aproximación teórico práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias" *Revista Instituto de Derecho Procesal*, julio-diciembre 2015, pp. 201-235.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Introducción a la página web <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>. Consultado el 6 de octubre del 2015.

Lama, Héctor. *La tutela cautelar, Perú. Red iberoamericana de magistrados*. Consultado en <http://www.rimjic.org/w>, el 16 de noviembre del 2015.

EL DERECHO SOCIETARIO, CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS*

Carlos Julio Giraldo Bustamante**

* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.16>

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor asociado de la Universidad de los Andes. Director de la Especialización en Legislación Comercial de la Universidad de los Andes.

INTRODUCCIÓN

Si hay algo que el juez tenga que evitar durante el trámite del proceso es que la decisión judicial que tome sea vana. Para lograrlo cuenta con distintos instrumentos, uno de ellos son las medidas cautelares innominadas que le sirven para que pueda escoger los medios más adecuados, según su prudente arbitrio, y con criterio de oportunidad, para asegurar el resultado procesal. El decreto de este tipo de medidas exige tener en cuenta tanto los derechos del demandado, quien no ha sido vencido en juicio, y los derechos del demandante, lo que ha llevado al legislador a establecer requisitos más estrictos frente a otro tipo de medidas.

Este capítulo no tiene la pretensión de hacer una aproximación teórica a la medida cautelar innominada, tarea encomendada a los procesalistas, sino la de mostrar la aplicación que ha tenido en el campo del derecho privado, en especial, en el derecho societario a partir del análisis de unos procesos judiciales iniciados ante la Delegatura para Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. En cada uno de los casos estudiados, y para entender la lógica de la medida cautelar innominada que se decretó, o que fue negada, se hará un breve contexto de lo que sustancialmente se está debatiendo, y de su regulación jurídica del tema que será objeto de la decisión judicial, sin desviar el artículo del tema principal: la medida cautelar innominada.

Metodológicamente cualquier acercamiento analítico a una estructura de derecho exige partir de una definición que establezca las bases del estudio. Para el efecto se entenderá por medida cautelar innominada aquella no prevista en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación

al derecho de la otra. Los elementos que conforman esta definición son los que comúnmente contienen las definiciones sobre el tema¹. En los presupuestos de este tipo de medidas se destacan dos coordenadas, por una parte, el peligro sobre el derecho, que debe ser grave, inminente, y por otra, la apariencia de buen derecho. Esto es que el derecho del demandante sea más probable que el derecho del demandado, en una primera aproximación que el juez haga sin caer en la anticipación de la sentencia. La medida cautelar innominada obligatoriamente tiene que ser necesaria, efectiva y proporcional.

No cabe duda de los riesgos que comportan este tipo de medidas cautelares. El prejuzgamiento parece ser el más importante, y que so pretexto de buen derecho, lo que termine haciendo el juez sea aceptar las pretensiones del demandante, lo que supone también, que en el caso contrario, esto es, cuando el juez no decrete la medida, se pueda entender desde el momento de la presentación de la demanda como una valoración negativa de las pretensiones del demandante.

¿Qué papel desempeñan en el derecho privado las medidas cautelares innominadas? Es una pregunta que necesariamente se tiene que hacer quien quiera escribir sobre la influencia que pueden tener en el derecho privado. Al momento se puede responder que su objetivo fundamental será el mismo que tienen en el derecho, en general: evitar que la sentencia sea nugatoria. Igualmente, proteger de una manera más eficaz derechos que no es posible proteger a través de una medida cautelar nominada, y esto último no es un razonamiento simplemente teórico si se considera que en el derecho privado están surgiendo permanentemente nuevos derechos, y nuevas modalidades de los derechos ya existentes, en relación con los cuales no siempre la medida cautelar nominada permitirá su eficaz protección.

Este escrito no pretende hacer un análisis del impacto de las medidas cautelares innominadas en todo el derecho privado. Para hacerlo se tendría que dedicar todo el libro a ese propósito, y hacer un trabajo de levantamiento de campo en decisiones que involucren temáticas de derecho privado en los despachos judiciales, lo que excede en mucho el propósito de este trabajo. El escrito quiere mostrar en un campo específico del derecho privado, el del derecho societario, en algunos casos resueltos por una jurisdicción especializada, la de la Superintendencia de Sociedades, la utilización práctica que se ha hecho de este tipo de medidas, y lo que han ayudado a que se cumpla con la finalidad de toda medida cautelar. No es que lo nuevo sea bueno por nuevo, ni lo viejo malo por viejo, pero sí que esta novedad ha mostrado en casos particulares que realmente ayuda a hacer efectivos los derechos de las partes en un proceso judicial.

1 Véase, Código General del Proceso Uruguayo, artículo 317.1; Código Procesal Civil Peruano, artículo 629; Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español, artículo 727.

LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE DECRETE UNA MEDIDA CAUTELAR

A continuación, y brevemente, se explicarán los requisitos que exige el Código General del Proceso para que el juez decrete una medida cautelar innominada en el curso de una actuación judicial.

En primer lugar, necesariamente debe haber una amenaza y, sobre todo, debe estar probado el hecho o hechos que configuran la amenaza grave del derecho. Esto es posible acreditarlo con cualquier medio de prueba. Se puede utilizar la prueba indiciaria que seguramente será la más socorrida, pero para ello se requiere que el hecho base aparezca probado y que a través de la inducción y utilizando las reglas de la experiencia, de la lógica, de la ciencia o de la técnica, le indique la amenaza, lo cual debe ser con alto grado de probabilidad.

Adicionalmente, se requiere que lo pretendido por el demandante sea probablemente lo que se acogerá en la sentencia (aparición de buen derecho), que supone hacer una primera valoración del derecho material que legitima la pretensión. Para lo cual el juez debe estudiar juiciosamente la demanda y las pruebas aportadas. Los hechos y sus pruebas le sirven para construir una hipótesis, consistente en que probablemente el demandante tiene la razón. En este sentido, se exige una más que razonabilidad de éxito. La carga es alta, por las consecuencias que pueden tener las medidas que se decreten, pero cuando el juez declara o niega una medida cautelar de esta clase, no está declarando ni cierto el derecho del acreedor ni el cumplimiento del deudor.

A continuación se analizarán algunas medidas cautelares innominadas tomadas en procesos judiciales ante la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, y algunas decisiones de la misma delegatura que negaron, por diversas razones, las medidas cautelares innominadas solicitadas por los demandantes.

CASOS ESTUDIADOS

Medidas cautelares innominadas decretadas

1

Una de las medidas cautelares decretadas por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, acogiendo lo solicitado en la demanda, fue la suspensión de una escisión aprobada en una asamblea general de accionistas de la sociedad demandada².

2 Proceso adelantado por Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A. Auto 801-015217 del 31 de octubre del 2012.

En este caso, lo primero que realizó la Delegatura fue el análisis de los diferentes elementos de juicio existentes en el momento de solicitarse la medida, con el propósito de determinar las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante, que sin lugar a dudas exige un análisis detallado de los hechos y argumentos presentados por las partes, sin que se incurra en un prejuizgamiento. El juez está en la obligación de hacer una valoración de los méritos legales de la demanda³.

El debate jurídico se centró en el artículo 31 de la Ley 1258 del 2008 que impone el requisito de unanimidad para efectuar el tránsito de una sociedad al tipo de las Sociedades por Acciones Simplificadas, en adelante SAS, y de su parágrafo que hace extensivo el requisito de unanimidad a cualquier otro negocio, incluidos los procesos de fusión o de escisión, por cuyo efecto se produzca un tránsito a una SAS.

Las decisiones que se controvierten por el demandante son aquellas que aprobaron en la asamblea general de accionistas de la demandada la propuesta en virtud de la cual esa sociedad destinará una parte de su patrimonio a la creación de una nueva compañía bajo la forma societaria de SAS. Por tanto, la medida cautelar solicitada tendría como efecto la suspensión de los efectos de la escisión aprobada por el máximo órgano de la sociedad.

Como el debate judicial se centra en las SAS es necesario entender la dinámica de este nuevo tipo societario, y lo que realmente motivó su creación legal. La clave en las SAS es el énfasis de la ley que las creó en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, que priman en la mayoría de los casos sobre las disposiciones legales. Cosa que aparece con absoluta claridad en lo dispuesto por el artículo 45 de la mencionada ley en el sentido que en lo no previsto en la ley que las creó, las SAS se regirán por las disposiciones contenidas en sus estatutos sociales, por las normas legales que rigen las sociedades anónimas y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales del Código de Comercio que rigen las sociedades en general.

Para defender la apariencia de buen derecho y tomar y decretar la medida el juez tomó en cuenta lo acordado en el acta 17 correspondiente a una asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad demandada, en la que se sometió a la consideración de los asociados, como ya se advirtió, la posibilidad de escindir parcialmente a la sociedad. Esa proposición no fue aprobada por el representante del demandante, cuya participación era del 0,001883 % de las acciones representadas en la reunión.

3 Pero no cabe duda de que al realizar esta labor el juez ha emitido un juicio previo, no definitivo, de la cuestión sometida a su consideración. Es un juicio previo que se emite en relación con elementos probatorios diversos al que se emite en la sentencia. Es por esta razón, entre otras, que el juez puede decretar también durante el proceso la terminación o la modificación de la medida cautelar inicialmente decretada.

A pesar de lo anterior la asamblea aprobó una escisión parcial por creación mediante la destinación de un bloque patrimonial de la demandada a la constitución de una SAS, sin tener en cuenta que dicha propuesta no había contado con la aprobación unánime de los accionistas. Adicionalmente se previó que los accionistas de la demandada recibirían acciones de la nueva SAS, una vez hecho el trámite de su creación, en la misma proporción que tenían en la sociedad demandada.

El análisis somero de la situación jurídica permite corroborar que la decisión no se adoptó por unanimidad, en virtud de lo cual se logra acreditar desde el inicio del proceso una probabilidad importante de éxito.

Ahora, la pregunta siguiente es si con lo aprobado por la asamblea general de accionistas se le puede infligir un perjuicio grave al demandante. La respuesta es afirmativa, en consideración a que el objetivo de la norma que parece haberse desconocido es evitar que un sujeto pueda ser accionista de una SAS, sin haber contado con la oportunidad de haber acordado las reglas que habrán de regir sus relaciones con los demás accionistas, ya que por la amplia posibilidad dispositiva de este tipo de sociedades pone en desventaja a aquellas personas que no pudieron participar en las negociaciones de las cláusulas estatutarias.

Se debe tener en cuenta también en el momento de determinar los posibles perjuicios para el demandante, que se acreditó en este proceso una situación de conflicto grave entre los accionistas, aun antes de las determinaciones que son objeto de litigio, en el entendido que cuando se dan estas situaciones de desavenencias algunas de las decisiones del máximo órgano social podrían multiplicar los perjuicios que se producen en desarrollo del conflicto.

Sin duda, en este caso había suficientes elementos de juicio desde el inicio del proceso para dar como acreditados tanto la apariencia de buen derecho por parte del demandante, como el grave perjuicio que las decisiones tomadas le podían ocasionar, lo que ameritaba, en buen derecho, el decreto de las medidas cautelares innominadas solicitadas, después de constituida la caución fijada por el juez.

2

El caso que a continuación se relaciona tiene como elemento de significativa importancia que con las medidas cautelares innominadas decretadas se protegió no un interés privado del demandante, sino un interés público consistente en la integridad de una cámara de comercio, y de su función pública en relación con el registro mercantil. Adicionalmente, el juez decretó unas medidas cautelares innominadas diferentes a las solicitadas, en

atención a que consideró que de esta forma se protegían mejor los intereses que se pidieron proteger⁴.

En concreto, se trató de la solicitud como medida cautelar innominada de la suspensión provisional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas, con el propósito de proteger la transparencia del proceso electoral de la Cámara de Comercio de Barranquilla en diciembre del 2012 y, además, impedir que unas sociedades constituidas, en palabras del demandante, en fraude a la ley, siguieran haciendo gestiones encaminadas a legitimar y borrar las irregularidades cometidas en su constitución. No sobra advertir que todas las sociedades demandadas se habían constituido bajo la forma de SAS.

En el centro de este debate judicial está uno de los temas más debatidos en el derecho societario actual: el abuso de las formas asociativas, en este caso de SAS, infracapitalizadas con fines fraudulentos. Siendo un verdadero reto para los diferentes ordenamientos jurídicos establecer mecanismos que permitan impedir ese uso fraudulento o sancionar severamente a quienes han utilizado de manera indebida uno de los mecanismos societarios permitidos por la ley. Por ejemplo, varios ordenamientos jurídicos han optado por establecer requisitos estrictos para la constitución de las sociedades, o reconocer figuras como la desestimación de la personería jurídica, que busca hacer extensiva la responsabilidad a los accionistas por las obligaciones insolutas de la sociedad, en los eventos en que el móvil de la constitución de la sociedad haya sido el fraude, o se dé una situación de abuso.

En las SAS es un tema en que las autoridades deben estar especialmente vigilantes, en consideración a que la voluntad de los asociados prima, en buena medida, sobre las normas imperativas previstas en el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, las SAS son esencialmente antiformalistas y pueden ser utilizadas más fácilmente que otras formas sociales en fraude a la ley.

El núcleo de este asunto es la constitución en masa de SAS infracapitalizadas con el aparente fin de obtener una ventaja en la elección de la junta directiva de una cámara de comercio. Las cifras aportadas por el demandante son verdaderamente dicientes. Según la demanda, se constituyeron alrededor de 1480 SAS, la enorme mayoría con un solo accionista, y un capital de \$ 1 000 000, durante los primeros tres meses del 2012, para adelantar actividades tan variadas como la operación de un laboratorio clínico, una planta de energía solar, o la producción de implementos plásticos, actividades frente a las cuales el capital con el que se constituyeron resulta absolutamente insuficiente. Según la demanda esto se hizo para que 72 personas naturales emitieran más votos de los que por ley les

4 Proceso adelantado por la Cámara de Comercio de Barranquilla contra Carcos Mantenimiento de Equipos SAS y otros. Auto 801-017366 del 10 de diciembre del 2012.

correspondían en las mencionadas elecciones. Incluso, se dieron casos de personas que constituyeron y registraron hasta 46 sociedades en menos de un mes. Esta cantidad de nuevas sociedades fue muy superior al promedio histórico de otros años. Como resultado de lo anterior, las sociedades demandadas concentraron el 36 % de la totalidad de los votos posibles para elegir miembros de la junta directiva de esa cámara de comercio.

Además se pudo constatar también la uniformidad de los formatos para la constitución de las sociedades demandadas. La variaciones que existían entre unos y otros se reducían únicamente al nombre del accionista, al objeto y a la razón social de la sociedad.

Es de advertir que muchas de las pruebas que valoró la Delegatura para decretar la medida cautelar innominada se contienen en un estudio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre el tema, que fue aportado a la demanda, que le sirvió a la Delegatura para detectar muchos indicios que dieron como resultado una probabilidad de éxito alta en las pretensiones de la demanda.

Es pertinente preguntarse antes de decretar la medida cautelar por el interés que le asiste para actuar al demandante, en especial en el presente proceso donde no hay de por medio un interés estrictamente económico en quien inició la actuación. Para dar una respuesta a este planteamiento hay que tener en cuenta que los representantes legales de las cámaras de comercio tienen como una de sus principales responsabilidades la de administrar los procesos electorales que se cumplen para la elección de sus juntas directivas. Por tanto, al representante legal de la cámara de comercio que inició la actuación le asiste suficiente interés en la actuación que comenzó.

La urgencia para decretar la medida en este caso estuvo motivada por la protección del orden público, ante la posible existencia de un fraude electoral a consecuencia de lo cual se habría modificado sustancialmente la composición de la junta directiva de una cámara de comercio, entidad que está encargada del registro público de comercio. Sin duda, la medida cautelar era necesaria para mitigar en forma temporal y hasta la resolución del proceso judicial, el riesgo de que se hubiere llegado a perpetrar una actuación fraudulenta.

En este caso, aunque el demandante solicitó como medida cautelar innominada la suspensión de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas, la Delegatura consideró que por la gravedad de los hechos y la urgencia de prever una actuación contra derecho se debía decretar una medida cautelar diferente a la solicitada, con tres componentes diferentes. En primer lugar, se suspendió la afiliación de las sociedades demandadas a la cámara de comercio respectiva, con el propósito de que dichas sociedades no pudieran votar en la elección para la junta directiva. En segundo lugar, se ordenó que la cámara de comercio removiera a las sociedades

demandadas de la lista de comerciantes habilitados para votar en las elecciones para junta directiva y, por último, la Delegatura también ordenó diferir, en forma provisional, el nombramiento de los sujetos que resultaron elegidos en las elecciones de que se trata el proceso y, en consecuencia, se le ordenó a esa cámara de comercio que suspendiera las designaciones que habían sido efectuadas, y se abstuviera de posesionar a tales sujetos, hasta tanto se cumpliera con el curso del presente proceso.

En cuanto al monto de la caución que garantiza la indemnización de los posibles perjuicios en caso de que no prosperen las pretensiones, cuando se decretan las medidas cautelares, el despacho tuvo en cuenta los efectos que podrían derivarse para los demandados de las medidas decretadas. En consideración a que una de las medidas tomadas fue la de la suspensión de la afiliación, se tuvo en cuenta para determinar el monto de la caución el valor de la afiliación a dicha cámara de comercio, de cada una de las sociedades demandadas, lo que dio un total de \$ 135 054 000. Este criterio fue complementado con el de las probabilidades de éxito de las pretensiones del demandante, en el sentido de que entre mayores sean menor debe ser el valor de la caución. Aquí, la apariencia de buen derecho es un factor determinante en el monto de la caución. El despacho consideró que las altas probabilidades de éxito permitían disminuir el monto a un 10 % del valor que inicialmente se había considerado.

En este caso, las medidas cautelares adoptadas por el juez fueron eficaces y evitaron un posible fraude en un proceso de elección, que se quiso hacer mediante el abuso de un tipo societario, el de las SAS.

3

En otra actuación, la Delegatura decretó como medidas cautelares innominadas la suspensión de las decisiones adoptadas en una asamblea general de accionistas de una SAS, durante una reunión extraordinaria, y dejó en suspenso los efectos de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados por el representante legal de la SAS con otras dos sociedades, desde el momento de la celebración de la mencionada asamblea general, hasta la fecha del proceso y, por último, ordenó la inscripción de la demanda en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente⁵.

Los hechos narran cómo la sociedad demandante le otorgó un poder general a un mandatario, en virtud del cual, entre otras funciones, debía actuar como representante de la demandante ante la asamblea de accionistas de la demandada. El proceso se orientó a que el juez rescindiera los votos emitidos por el mandatario durante la asamblea general de accionistas de la demandada efectuada el 15 de noviembre del 2012. Alegó la

5 Proceso adelantado por Refricenter International Trade Zona Libre S.A., contra Refricenter Group SAS, y otros. Auto 801-001488 del 1.º de febrero del 2013.

demandante que las determinaciones aprobadas por el mandatario en la mencionada asamblea general de accionistas vulneraron, en forma notoria, los intereses del mandante, a tal punto que le permitieron a una persona con que el demandante había tenido diversas diferencias por la administración de la sociedad demandada, convertirse en representante legal, además de suprimir la junta directiva de la compañía y eliminar las restricciones estatutarias que se habían establecido en el documento de constitución, respecto de las facultades del representante legal.

Posteriormente, el mandatario enajenó la participación accionaria de la demandante en la demandada, a favor de una sociedad en la que el nuevo representante legal tenía un interés económico. Además, la demandada con posterioridad a la asamblea general de accionistas mencionada y con su nuevo representante legal realizó una serie de contratos que favorecían a sociedades en las que este nuevo representante participaba, a su vez, como representante legal.

En síntesis, a pesar de la posible existencia de un conflicto entre la demandante y el nuevo representante legal de la sociedad demandada, el mandatario de la demandante adoptó decisiones que le permitieron al nuevo representante legal hacerse cargo de la administración de la demandada sin sujeción a las restricciones estatutarias contenidas en los documentos de constitución de la sociedad y desprovisto de la vigilancia de la junta directiva. En desarrollo de esas amplias facultades, el nuevo representante legal llevó a cabo actuaciones que parecen haber estado encaminadas a trasladar la actividad comercial de la sociedad demandada a otras compañías.

Había suficientes elementos probatorios aportados por el demandante en la demanda que le permitieron al despacho hacer un juicio de valor de las probabilidades de éxito de las pretensiones y que le permitieron despachar positivamente las medidas cautelares solicitadas en la demanda.

Con el propósito de fijar la cuantía de la caución el despacho tuvo en cuenta, en primer lugar, el valor de los activos que fueron objeto de los negocios jurídicos celebrados por el nuevo representante legal, que se estimaron en la demanda en USD 2 000 000, valor que fue reducido sustancialmente en consideración a las altas probabilidades de éxito de la demanda.

En este caso, mediante la suspensión de las decisiones tomadas por la asamblea en la que participó el mandatario del demandante y la suspensión de los efectos jurídicos de unos contratos, se logró neutralizar la actuación de un mandatario del que, al menos en el primer momento procesal, se logró acreditar que había actuado de modo contrario a los intereses de su mandante. No hay una medida cautelar nominada que hubiera podido producir tales efectos.

4

También se decretaron medidas cautelares innominadas en un caso en que el debate se dio en torno al artículo 185 del Código de Comercio, que les prohíbe, salvo en los casos de representación legal, a los administradores y empleados de la sociedad, representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas a las propias. La medida cautelar solicitada y decretada fue la inscripción de la demanda ante la Cámara de Comercio competente.

Las pretensiones de la demanda se orientaron a que el despacho reconociera los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de varias decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de la demandada, en consideración a que se había violentado lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Comercio.

En el caso se trató de la elección de un suplente personal de un miembro de la junta directiva de la demandada, por el término de un año. El suplente actuó en dos juntas directivas en reemplazo del principal, dando su voto para distintas aprobaciones. La participación del suplente en propiedad en las dos reuniones de la junta directiva, lo hizo sujeto del régimen de deberes y prohibiciones previstos en el ordenamiento jurídico para los administradores sociales, y desconociendo la prohibición aludida del Código de Comercio en su artículo 185, representó acciones de un tercero en una reunión de asamblea general de accionistas durante la vigencia de su periodo.

En relación con el interés del demandante es claro que la ineficacia de algunas de las decisiones controvertidas como las de aprobaciones de proyectos de distribución de utilidades, reformas estatutarias y de estados financieros, podrían llegar a afectar el monto de las utilidades a repartir, y como el demandante es accionista de la demandada se acredita su interés económico como requisito para decretar la medida cautelar.

Para efectos de fijar el monto de la caución, como el demandante no asignó un valor económico a sus pretensiones y el artículo 590 del Código General del Proceso establece que “el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable”, el despacho hizo uso de la discrecionalidad que le concede la norma.

En este caso, como la medida cautelar consistía en la inscripción de la demanda en el registro mercantil, y aunque el objeto del litigio es la ineficacia de un sinnúmero de decisiones en la sociedad demandada, no se ve cómo pueda afectar, la medida cautelar solicitada, el funcionamiento de la sociedad demandada; por esta razón, se utilizó como criterio para fijar el monto de la caución el 0,01 % aplicado a las utilidades de la demandada para el año en que se interpuso la acción judicial. Pero, adicionalmente,

como el despacho estimó las posibilidades de éxito en un 80 %, disminuyó sustancialmente el valor de la caución.

En este proceso también se acreditó la existencia de la apariencia de buen derecho desde el inicio del proceso, en virtud del cual un administrador actuó contra derecho representando en una reunión del máximo órgano de la sociedad acciones de terceros.

5

Otra medida cautelar solicitada y decretada por la Delegatura fue la suspensión de las decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de una de las demandadas, en una reunión que se inició el 30 de agosto del 2012 y que finalizó el 28 de enero del 2013. Entre las decisiones objeto de la medida se encuentran la designación de miembros de la junta directiva, así como el nombramiento de un nuevo representante legal, y se solicitó, igualmente, la suspensión de un cruce de cuentas aprobado por el máximo órgano social en la cuestionada reunión, además del cambio de dirección para notificaciones judiciales⁶. La Delegatura decretó las medidas cautelares solicitadas teniendo en cuentas los elementos del proceso que se relacionan a continuación.

El demandante invocó como justificación de su requerimiento el incumplimiento de un acuerdo de accionistas de una de las demandadas, que fue aportado al proceso, en el que se incluyeron pactos de votos para la elección de los administradores de la compañía. El acuerdo de accionistas fue celebrado en el marco del denominado contrato de capitalización mediante el cual el demandante efectuaría una inversión en la demandada. Dicho acuerdo fue depositado en la oficina de administración de una de las demandadas, con lo que parecería que el acuerdo surtió efectos vinculantes conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1258 del 2008.

La disposición del acuerdo de accionistas que dieron lugar al litigio contempló que la elección de los miembros de la junta directiva y del gerente general se harían por unanimidad. Para tal efecto se previó que antes de cualquier asamblea de accionistas en la cual se eligieran directores de la junta directiva, los que suscribieron el acuerdo definirían la lista única que debía ser presentada para la aprobación de la asamblea, lista por la cual votarían unánimemente los suscriptores del acuerdo.

En cuanto a la elección de representante legal, se precisó que los accionistas designasen un candidato escogido de una lista preparada conjuntamente, y ante cualquier desacuerdo en la conformación de la lista de candidatos, o la designación del representante legal se seguirían las

6 Proceso adelantado por Martín Alberto Morelli Socarrás contra Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda. y Santana Fruits SAS, en liquidación. Proceso 2013-801-080.

recomendaciones de un experto en procurar personal calificado, y en caso de que los accionistas no llegaran a un acuerdo con posterioridad a la tercera ocasión en que los expertos enviasen su lista de candidatos para ocupar el cargo de gerente general principal, se acordó que se acogería la recomendación del experto y se haría el nombramiento.

El demandante consideró que se habían desconocido estos acuerdos en la reunión de la asamblea que ataca judicialmente, porque según él se había decidido de manera unilateral modificar la composición de la junta directiva y designar a un nuevo representante legal. Hay que advertir que todo esto consta en el extracto del acta correspondiente que se aportó al proceso, en la que se dejó constancia, también, de la oposición del demandante.

Las pruebas disponibles en esta etapa del proceso dan cuenta de la oposición explícita del demandante a que se realizaran las designaciones controvertidas, y a pesar de esta oposición se votó a favor de las propuestas de modificar la composición de la junta directiva, y de reemplazar al representante legal. Por tanto, hay suficientes elementos de juicio en el proceso para acreditar una posible violación del acuerdo de accionistas suscrito.

Para el ataque del llamado cruce de cuentas, el demandante acudió a un ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de una de las demandadas en la asamblea de accionistas que se ataca, ya que considera que esta decisión y todas las anteriores que se aprobaron por la asamblea tenían como único propósito atentar contra los intereses de la sociedad, sus acreedores y accionistas minoritarios. La crítica en cuanto a la aprobación del llamado cruce de cuentas fue que atentaba contra el patrimonio de la sociedad, en cuanto que pretendió dejarla sin uno de sus activos más importantes consistente en una acreencia en contra de una sociedad francesa, pues el cruce de cuentas tenía como efecto extinguir la obligación.

Un elemento importante que tuvo en cuenta la Delegatura para decretar la medida en cuanto al cruce de cuentas y verificar si se había producido o no el ejercicio abusivo del voto fue la existencia de diferencias que llevaron a conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios⁷, que podrían constituir un indicio de la naturaleza abusiva de algunas determinaciones tomadas, que si no hubiera disputa serían perfectamente legítimas. Cuando se da este supuesto, es necesario analizar con mayor atención las actuaciones de los asociados en el máximo órgano social.

Por ejemplo, si no se han presentado desacuerdos entre los accionistas el cambio de la dirección para notificaciones judiciales a un lugar diferente del domicilio social muy difícilmente podría considerarse como una decisión aprobada con el propósito de causar daño a la compañía, o a otros

7 Autos 700-008103 del 10 de agosto del 2012, 801-012437 del 3 de septiembre del 2012 y 801-013957 del 4 de octubre del 2012.

accionistas, o con el afán de obtener una ventaja injustificada. Pero, ante el surgimiento de un conflicto, la decisión del accionista mayoritario, como en este caso, de trasladar la dirección para notificaciones judiciales al lugar en que uno de sus apoderados recibe notificaciones judiciales, podría considerarse como un indicio de un ejercicio abusivo del derecho al voto.

En esta primera etapa procesal el demandante logró acreditar que las posibilidades de sus pretensiones justifican la práctica de las medidas cautelares solicitadas, como de hecho ocurrió. De todas formas, en casos como este no parece fácil que en el curso del proceso puedan aparecer elementos probatorios que hagan cambiar sustancialmente la percepción que se ha hecho el juzgador desde el inicio del proceso.

En este caso no ofrece mayor dificultad el análisis del cumplimiento de los otros requisitos exigidos por la ley para el decreto de este tipo de medidas cautelares. Por ejemplo, en cuanto al interés económico legítimo, se acreditó que el demandante es accionista y tiene conflictos con el otro accionista con el que suscribió el acuerdo, y que las decisiones controvertidas son decisiones importantes en la marcha de la sociedad.

En cuanto a la fijación del monto de la caución a efectos de garantizar el resarcimiento de los posibles perjuicios que se causen con el decreto de la medida cautelar, este debe estar en función de la estimación de los efectos derivados de la medida para el demandado y de las probabilidades de éxito de la demanda. Para estimar lo primero en este caso hay un factor determinante y es que una de las sociedades demandadas, aquella en que se tomaron las decisiones objeto de la controversia, está en liquidación, y por las sustanciales restricciones impuestas por la ley ante el inicio de un proceso de insolvencia, las medidas solicitadas que tienen que ver sobre todo con la suspensión de nombramientos, no se ve que puedan generar un traumatismo importante en la sociedad. Cosa diferente ocurriría si se tratase de una sociedad en marcha.

6

Un demandante le solicitó a la Delegatura que decretara como medida cautelar innominada la suspensión, de manera provisional, de los efectos de cuatro contratos de arrendamiento suscritos con la demandada, medida que fue decretada por el despacho⁸. Para justificar la solicitud de la medida el demandante adujo que el sujeto que había actuado como representante legal en la celebración de los contratos no tenía las facultades suficientes para celebrar los negocios jurídicos controvertidos. Adicionalmente, el demandante consideró que los señalados contratos tenían unas condiciones muy desventajosas para las sociedades demandantes.

8 Proceso de Roldán y Cía. Limitada en reorganización, y Rolog S.A., en reorganización, contra Pesqueros SAS, Proceso 2013-801-120.

Según consta en los estatutos sociales de los demandantes, que fueron aportados al proceso, se restringieron las facultades de los representantes legales de las compañías, en virtud de lo cual se estableció un límite para la contratación en 100 salarios mínimos legales vigentes, limitación que fue debidamente inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente.

Los contratos celebrados sobre los que se pide la medida cautelar son varios contratos de arrendamiento de unos vehículos montacargas. El primer contrato se celebró por un canon mensual de \$ 5 000 000, por un periodo de vigencia de doce meses, con unas prórrogas obligatorias por diez años más. A continuación se transcriben las cláusulas contractuales pertinentes:

Quinta: Vigencia y prórrogas del contrato: Doce (12) meses contados a partir del 21 de enero del 2011.

Parágrafo 1: arrendador y arrendatario pactan desde ya que este contrato se prorrogue diez (10) veces, y a partir de la finalización de la prórroga 10 las partes quedan en libertad de volver a contratar o renovar el contrato.

Parágrafo 2: En virtud de la garantía mínima de 10 prórrogas pactadas en el párrafo anterior, durante este período no podrá terminarse el contrato anticipadamente por las partes, a menos que quien lo termine unilateralmente indemnice a la otra con mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 SMLMV) al momento de la terminación.

Teniendo en cuenta el monto del salario mínimo en el momento de la celebración del contrato de arrendamiento, el representante legal tenía facultades para celebrar contratos hasta \$ 53 250 000, y el contrato mencionado tiene un valor aproximado de \$ 660 000 000 (este valor resulta de multiplicar el canon de arrendamiento por la duración prevista en el contrato, es decir, 132 meses), sin duda, el valor del contrato excede ampliamente el monto de la restricción a que estaba sujeto el representante legal, incluso si el valor del contrato se determinara únicamente por su primer año de vigencia.

Los otros tres contratos tenían estipulaciones similares al primero en cuanto a su duración y prórrogas obligatorias, y tenían valores finales por \$ 462 000 000, \$ 924 000 000, y \$ 330 000 000, respectivamente, con lo que queda acreditada la violación del tope máximo de contratación por parte de quien actuó como representante legal de las demandantes.

Y la pregunta que hay que hacer en este momento es acerca del tipo de consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la aparente violación por parte del representante legal de los topes máximos de contratación previstos en los estatutos sociales. No es otra que la inoponibilidad de los negocios realizados frente a los representados. En consecuencia, los contratos de arrendamiento que celebró el representante legal desconociendo los

topes máximos previstos en los estatutos de la sociedad no vincularían a las sociedades demandantes y constituiría una excepción válida para que las sociedades puedan abstenerse de cumplirlos, conforme a lo dispuesto por el artículo 833 del Código de Comercio.

En atención al examen realizado y a las pruebas aportadas a la demanda, sin duda hay una apariencia de buen derecho en favor de las pretensiones del demandante, requisito necesario para decretar la medida cautelar. En cuanto al interés económico de los demandantes, es evidente que con la celebración de los contratos se vio afectado su patrimonio.

La fijación del monto de la caución en cuanto a los perjuicios que se podían irrogar con ella al demandado se hizo con un criterio especial y fue el tiempo estimado de duración del proceso judicial ante la jurisdicción en la cual había acudido el demandante, y se multiplicó ese término (cuatro meses), por el valor de los cánones mensuales de los contratos de arrendamiento suscritos. La alta probabilidad de éxito de las pretensiones de los demandantes hizo que el valor que resultó de esa operación se redujera considerablemente.

Es de advertir que quien fue arrendador en los contratos de arrendamiento celebrados había iniciado varios procesos contra las sociedades demandantes por incumplimientos contractuales, especialmente, del canon de arrendamiento. La medida cautelar decretada les permitió a las sociedades demandantes defenderse eficazmente en esos procesos, hasta tanto el proceso iniciado para la declaratoria inoponibilidad contractual llegara a su término.

7

En otro proceso se solicitó por parte del demandante, como medida cautelar innominada, que se inscribiera la demanda en un folio de matrícula inmobiliaria de un inmueble, y que además se ordenara su bloqueo con la intención de que no se agravara la situación descrita en la demanda con nuevos actos de transferencia del dominio sobre él. Como fundamento de lo anterior se alegó que el demandado había llevado a cabo un acto defraudatorio en perjuicio de sus acreedores, en especial, del demandante, que había consistido en la donación de un bien inmueble que había ofrecido en garantía, manteniendo al demandante en la expectativa de una garantía que jamás se materializó, durante un tiempo en que la deudora aprovechó para insolventarse y evitar, de esta manera, ante la inminencia de un incumplimiento, que el bien fuera embargado como consecuencia de una medida cautelar decretada en un proceso judicial⁹. El demandante

9 Proceso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS. Proceso 2013-801-126.

acreditó desde el inicio de la relación procesal el contrato celebrado con la demandada y la existencia de las obligaciones pendientes de pago.

En este caso y con fundamento en el artículo 590 del Código General del Proceso que faculta al juez para establecer cualquier otra medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, se decretaron medidas diferentes a las inicialmente solicitadas, que consistieron en suspender los efectos de la donación realizada por la demandada y ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente, el registro de la suspensión de la donación en el folio de matrícula correspondiente al bien inmueble.

En los estados financieros de la demandada aportados al proceso aparecía el bien cuya medida se solicitó, y la propiedad de la demandada sobre el inmueble objeto de discusión, parece haber sido el factor determinante para que el demandante contratara con esa compañía. Según las pruebas aportadas al proceso, la demandante únicamente aceptó dar inicio a la relación comercial, cuando la demandada acreditó la propiedad sobre el bien inmueble. Antes, el demandante había rechazado una solicitud propuesta con la demandada del negocio porque no contaba con activos fijos que avalaran la operación.

Fue determinante también para decretar la medida cautelar la consideración del tipo de operación mediante el cual la demandada dispuso del bien: una "donación gratuita e irrevocable", en virtud de la cual el bien salió del patrimonio de la demandada sin recibir contraprestación ninguna. Con el agravante de que la donación se realizó poco tiempo después de que el representante de la demandada le enviara una comunicación al demandante, en que además de manifestar su voluntad de cumplir con las obligaciones a favor del demandante, le indicó que se estaban adelantando otras operaciones que podían permitir el pago de la deuda antes de la fecha prevista. Es de anotar que la demandada carecía de otros bienes diferentes al inmueble objeto del proceso, que pudieran ser perseguidos por sus acreedores ante el incumplimiento de sus obligaciones.

Lo que sucedió realmente en este caso fue que mediante una donación el demandado redujo su patrimonio de forma tal que a sus acreedores les resultó imposible cobrar las acreencias insolutas a su cargo.

Para el juez los elementos probatorios aportados al proceso en esta primera fase acreditan la existencia de la apariencia de buen derecho a favor del demandante. No ofrece mayor dificultad la verificación de la existencia de los otros elementos exigidos para el decreto de la medida, en especial, el del interés económico del demandante en consideración a que se trata de un acreedor que ha sufrido un perjuicio por la celebración de un acto gratuito por parte del demandado.

En cuanto al monto de la caución, el despacho tomó como valor determinante el del monto de las obligaciones adeudadas, al cual le aplicó el porcentaje del 20 % establecido en el artículo 590 del Código General del Proceso, disminuido en atención a las probabilidades de éxito de la demanda, que considero en un 80 %.

Aunque en el caso es evidente que la medida cautelar innominada decretada fue eficaz para proteger el derecho de crédito del demandante, a este le faltó diligencia para protegerlo por sí mismo cuando inició su relación comercial con el deudor-demandado. No consta en el caso que el acreedor-demandante haya constituido algún tipo de garantía sobre el bien objeto de este proceso que le asegurara jurídicamente el pago de su obligación y parece que se limitó y dio por satisfecho al verificar la propiedad de parte del demandado sobre dicho bien. Y si el despacho lo que quiso fue reconstruir el patrimonio del deudor, no era esta la vía adecuada, además de que no se hizo un análisis de los elementos exigidos para la declaratoria de este tipo de acciones fraudulentas por parte del deudor.

Negación de medidas cautelares

En algunas actuaciones la Delegatura optó por negar las medidas cautelares solicitadas en consideración a que no se verificó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 590 del Código General del Proceso para su decreto, en especial, el de la apariencia de buen derecho. A continuación se relacionan algunos de esos casos.

1

En un proceso en que lo solicitado por los demandantes fue la suspensión de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de la demandada en una asamblea general extraordinaria¹⁰, la Delegatura optó por negar las medidas cautelares impetradas, por las razones que se exponen a continuación.

Los hechos narran cómo uno de los accionistas de la demandada dispuso de una porción importante de sus acciones, a tal punto que perdió el control de la sociedad y se quedó con el 24,7 % de las acciones suscritas. Ese accionista, demandante de este proceso, contó con la posibilidad de diseñar múltiples mecanismos de protección para cuando pasara a ser accionista minoritario de la sociedad, acompañando la enajenación de acciones de una modificación a los estatutos sociales y un acuerdo de accionistas con el propósito de evitar abusos de parte del accionista mayoritario. Entre los mecanismos estaba por ejemplo la asignación de algunas

10 Proceso de Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation, contra Axede S.A. Auto 801-004915 del 9 de abril del 2013.

facultades a la asamblea general de accionistas y la fijación de mayorías calificadas para la aprobación de variadas determinaciones. Así, según consta en los estatutos de la demandada que se aportaron al proceso, decisiones como la del aumento del capital suscrito, la readquisición de acciones y las reformas estatutarias requerían la aprobación de al menos el 80 % de las acciones suscritas.

Uno de esos mecanismos de protección fue el que le dio origen a la presente demanda. Se estableció una mayoría calificada del 80 % de las acciones suscritas para que la asamblea aprobara la transferencia a cualquier título, incluyendo pero sin restringirse a compraventas, encargos fiduciarios, fiducias, patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma de celebración de contratos de administración o de arrendamiento, de todo o de una parte sustancial de los activos de la compañía o de cualquier línea de sus negocios. Las partes entendieron por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realizaran y que tuvieran una cuantía superior a un millón de dólares. También se consagró la necesidad de aprobar por el voto unánime de los directores de la compañía, la enajenación o pignoración de activos por un valor igual o superior a un millón de dólares. Estas disposiciones en la práctica le otorgaban un derecho de veto al demandante, en consideración a que tenía directamente o a través de compañías vinculadas, el 24,7 % del total de acciones, como ya se dijo.

Incluso por la aplicación del sistema legal establecido para la elección de miembros de junta directiva en sociedades anónimas, esto es, el cociente electoral, y a consecuencia del porcentaje de participación del demandante en la sociedad demandada, tenía la facultad de elegir por lo menos uno de los cinco miembros, lo que tiene como consecuencia que ese derecho de veto se extendía también a este órgano social.

Los demandantes consideran que en la asamblea general extraordinaria, que es objeto de este proceso, se violaron las disposiciones estatutarias mencionadas en los párrafos anteriores, pues en dicha reunión se autorizó al representante legal para que realizara la cesión de derechos económicos de contratos, esto es, utilizar los flujos recurrentes de contratos para buscar liquidez a través de los diferentes mecanismos del mercado financiero, especialmente a través de fideicomisos a los que se les aportarían los contratos, y que se conocen como fideicomisos de fuente de pago. La propuesta contó con el voto favorable del 75,3 % del capital suscrito.

La controversia entre las partes giró en torno a considerar si las cesiones de contratos autorizadas eran o no activos de la compañía. Para los demandantes sí son activos pues se trata de flujos futuros de caja y, por tanto, de recursos que van a ingresarle. Por esta razón, consideran que antes de realizar estas cesiones, el representante legal de la demandada debía contar con las autorizaciones impartidas mediante el voto favorable

de los titulares del 80 % de las acciones en circulación, cosa que no ocurrió. Mientras que para la demandada, por el contrario, las mencionadas cesiones de los flujos futuros de los contratos no se pueden considerar técnicamente como activos de la sociedad, por tanto, la autorización por parte de la asamblea general de accionistas para dicha operación no requería de la mayoría calificada del 80 %.

Después de efectuada la asamblea general extraordinaria, la demandada constituyó un fideicomiso con una sociedad fiduciaria, en virtud del cual se cedieron los derechos económicos de un contrato, con el propósito de que sirvieran de fuente de pago de un crédito que había solicitado a un banco.

Desde el punto de vista estrictamente contable, no parece admisible sostener que pueden tenerse como activos de la demandada, los derechos a recibir sumas de dinero como contraprestación por la prestación de servicios futuros a favor de un tercero, con fundamento en las reglas que rigen la causación y el acaecimiento de un hecho económico. Es así como el artículo 35 del Decreto 2649 de 1993 define activo como “la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros”. En consideración a lo anterior, es pertinente considerar que esos flujos futuros no pueden considerarse como activos hasta tanto no se produzca el hecho económico correspondiente.

La razón entonces para no decretar la medida cautelar solicitada fue que la Delegatura consideró que en esa etapa procesal no había suficientes elementos de juicio aportados por el demandante para considerar que hubiera apariencia de buen derecho. Para llegar a esta conclusión el despacho tuvo en cuenta que el 80 % se exigía para decretar la enajenación de la empresa social, o de parte sustancial de ella, y se entendía por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realizaran y que tuvieran una cuantía superior al millón de dólares y, para el despacho, la cesión de derechos económicos futuros para garantizar, mediante una operación fiduciaria, el pago de un crédito bancario, no encaja dentro de la definición de operaciones relacionadas con la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella.

Adicionalmente, la forma como quedó redactada la prohibición en los estatutos de la sociedad demandada deja dudas con respecto a si la operación realizada encaja o no en la prohibición. Lo establecido fue que era competencia del máximo órgano social

decretar la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (us \$ 1 000 000).

Es discutible, entonces, que la cesión de derechos económicos futuros para garantizar, mediante una operación fiduciaria, el pago de un crédito bancario, encaje dentro de la definición de operaciones relacionadas con la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella.

Es importante destacar que se tuvieron en cuenta también, para negar la medida cautelar solicitada, las actuaciones desarrolladas por el demandante cuando se desempeñó como representante legal de la demandada. Ante un caso similar, esto es, la cesión de un flujo futuro de caja de un contrato para garantizar un crédito bancario, no hubo constancia de ninguna aprobación especial de la asamblea de accionistas. Lo que supone para el despacho que no es claro, por lo menos en este momento inicial, cuál era la interpretación que tenía el demandante de la referida limitación para la disposición de los activos.

Otro argumento que llevó a la negación de las medidas cautelares solicitadas fue que el demandante había contado con la posibilidad de concertar mecanismos que protegieran su participación minoritaria en la sociedad, por medio de una asesoría legal calificada y que, aun con esa ayuda, la interpretación de la cláusula estatutaria que establece la limitación es por lo menos ambigua. Si lo que quería el demandante era establecer una limitación a la sociedad en cuanto a la disposición de los activos, lo pudo haber hecho de tal forma que no diera lugar a diferentes interpretaciones, como en este caso.

Todo lo anterior lleva a considerar que en este caso, al menos en la etapa procesal inicial, no es posible considerar las pretensiones de los demandantes bajo la apariencia de buen derecho y, en consecuencia, hay suficientes argumentos jurídicos para negar el decreto de las medidas cautelares solicitadas.

2

También se negaron unas medidas cautelares solicitadas en un caso en que la demanda estaba encaminada a controvertir unas decisiones aprobadas durante una reunión de la junta directiva de la demandada, en concreto en cuanto al nombramiento de gerente y suplente. También se discutió la veracidad de lo expresado en el acta, en consideración a que se afirmó que lo verdaderamente aprobado en relación con el gerente había sido la ratificación del gerente anterior¹¹. Para el efecto, los demandantes aportaron como prueba mensajes en que varios sujetos se refieren a la falsedad de lo consignado en el acta.

11 Proceso de Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. SCA, y otros contra el Canelo S.A. Proceso 2013-801-083.

El argumento principal para la negación de las medidas cautelares en este caso fue el valor probatorio que la ley colombiana les otorga a los libros de actas de la junta directiva, que hace que se considere que la información contenida en el acta que se pone en duda, deba tenerse por cierta a menos que se demuestre lo contrario en el curso del proceso. Esto significa que no se le puede restar valor probatorio al acta, hasta tanto se cuente con suficientes elementos de juicio para constatar la falsedad de lo expresado en el documento, por ejemplo, mediante el cotejo de cualquier grabación que se haya hecho de lo ocurrido en la reunión y lo que quedó registrado en el acta respecto a lo ocurrido en la reunión. Esa presunción legal de veracidad exige una prueba idónea para descartarla con la que no se contó en esta etapa procesal.

En este caso, aunque en la etapa procesal inicial no se logró acreditar la existencia de la apariencia de buen derecho, es perfectamente posible que aportando nuevos elementos probatorios este se pueda acreditar en el curso del proceso de tal forma que el despacho decrete la medida que inicialmente negó.

3

En otro caso¹², la Delegatura no procedió al decreto de unas medidas cautelares solicitadas consistentes en que quedaran en suspenso unas determinaciones adoptadas en una asamblea general de accionistas, por derecho propio de la demandada, y la solicitud de que se oficiara a la Superintendencia de Industria y Comercio para que suspenda el trámite de apelación contra el acto de registro del acta donde se tomaron las decisiones que se atacan, mientras se resolvía el presente proceso de impugnación en la Superintendencia de Sociedades. Se solicitó, además, la suspensión directa de las determinaciones en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio resolviera la apelación antes de que hubiera en el presente proceso un pronunciamiento en relación con las medidas cautelares solicitadas. Entre las decisiones objeto de la medida se encuentran la designación de representante legal y la aprobación de los estados financieros de la compañía.

El fundamento de derecho de la solicitud fue que durante la reunión de la asamblea general de la sociedad demandada no estuvo presente un número plural de accionistas en los términos en que lo exige el artículo 429 del Código de Comercio. Hay que advertir que la sociedad demandada es una SAS. En relación con este argumento, una simple lectura del texto de la Ley 1258 del 2008 (creación de las SAS) es suficiente para descubrir la intención del legislador colombiano de suprimir el requisito de pluralidad como un elemento indispensable para la constitución y funcionamiento

12 Proceso de Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Noreña & Díaz SAS. Proceso 2013-801-118.

interno de las sociedades por acciones simplificadas, en especial, del artículo 22 que elimina todo requisito de pluralidad para el cómputo de *quorum* y mayorías decisorias¹³.

Hay que advertir que a pesar de la claridad de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1358 del 2008, no se modificó en forma explícita la regla prevista en el artículo 429 del Código de Comercio en relación con el funcionamiento de las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio. Sin embargo, es difícil una interpretación jurídica que abogue por el mantenimiento del requisito de pluralidad para un tipo de reuniones del máximo órgano social y no para otros.

En la demanda también se pidió la nulidad de las determinaciones tomadas en la asamblea por algunas deficiencias en la elaboración de las actas. Sin embargo, los defectos formales en la preparación de las actas no justifican necesariamente la sanción que el demandante solicita. Esos errores no encajan dentro de las causales de nulidad del régimen legal colombiano. Aunque se advierte que algunas de las determinaciones tomadas podrían declararse nulas en virtud del ejercicio abusivo del derecho al voto. También podría pensarse en la posible inexistencia de las decisiones controvertidas, en cuanto pueda constatarse que la reunión no se efectuó en realidad, para lo cual podría invocarse, a manera de indicio, la existencia de dos actas de contenido idéntico. Pero en la demanda no se justificó la posible configuración de ninguna de ellas. En este caso tampoco quedó acreditada la existencia de la apariencia de buen derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Artículo 629, Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español, artículo 727.

Autos 700-008103 del 10 de agosto del 2012, 801-012437 del 3 de septiembre del 2012, y 801-013957 del 4 de octubre del 2012.

Código General del Proceso Uruguayo, artículo 317.1; Código Procesal Civil Peruano.

Proceso adelantado por Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S. A. Auto 801-015217 del 31 de octubre del 2012.

Proceso adelantado por la Cámara de Comercio de Barranquilla contra Carcos Mantenimiento de Equipos SAS y otros. Auto 801-017366 del 10 de diciembre del 2012.

Proceso adelantado por Refricenter International Trade Zona Libre S. A., contra Refricenter Group SAS, y otros. Auto 801-001488 del 1.º de febrero del 2013.

Proceso adelantado por Martín Alberto Morelli Socarrás contra Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda. y Santana Fruits SAS, en liquidación. Proceso 2013-801-080.

13 El artículo 22 establece que "La asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas. Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionista, que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes".

Proceso de Roldán y Cía. Limitada en reorganización, y Rolog S. A., en reorganización, contra Pesqueros sas. Proceso 2013-801-120.

Proceso de rcn Televisión S. A., contra Media Consulting Group sas Proceso 2013-801-126.

Proceso de Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation, contra Axede S. A. Auto 801-004915 del 9 de abril del 2013.

Proceso de Jaime Dorronoro Tenorio y Cía. sca, y otros contra el Canelo S. A. Proceso 2013-801-083.

Proceso de Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Noreña & Díaz sas. Proceso 2013-801-118.

LA ACCIÓN POLICIVA PARA LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN O MERA TENENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR*

Ana María Cortés Tamayo**

* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.17>

** Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Derecho Procesal de la misma universidad (2014-2015) y ganadora del tercer lugar del xv Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho-nivel pregrado, que realiza el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Monitora de la clase de Acciones Públicas.

Correos electrónicos: am.cortes1276@uniandes.edu.co, anacortest@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, antes de la expedición del reciente código procesal civil y del código administrativo, se pensaba que la tutela cautelar se plasmaba en nuestro ordenamiento jurídico únicamente mediante las medidas cautelares típicas, también definidas como nominadas o taxativas. Estas son en civil: el embargo, el secuestro, la inscripción de la demanda, la guarda y aposición de sellos; y en administrativo: la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. Sin embargo, con la entrada en vigencia tanto del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (CPACA en adelante) como del Código General del Proceso (CGP en adelante), empezaron a regir dentro de estos las medidas cautelares innominadas.

En relación con el derecho administrativo, las medidas innominadas se consagraron en el artículo 229 del CPACA, facultando al juez para “[...] decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”². Es decir, se dejó al libre albedrío del juez el decreto de las medidas que en su consideración mejor se adaptaran a las condiciones del caso. Y sin quedarse atrás la normatividad civil, con la entrada en vigencia³ del artículo 590 del CGP, facultó al juez para decretar

cualquier otra medida [...] que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias

1 Entró en vigencia el 2 de julio del 2012.

2 Artículo 229 CPACA.

3 Entró en vigencia el 1.º de octubre del 2012.

derivadas de esta, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieran causado o asegurar la efectividad de la pretensión⁴.

Dichas medidas surgieron en Colombia como una respuesta para aquellos escenarios en los que las medidas típicas se quedaban cortas ante el infinito número de casos que se presentan en la realidad y que escapan de su fuero de aplicación. Al legislador le resultaba imposible abarcar en una norma todas las eventuales posibilidades para proteger los derechos de los colombianos. Es así, que las medidas cautelares innominadas resultan en toda una innovación en nuestro ordenamiento, puesto que amplifican los poderes del juez en aras de alcanzar la materialización de los derechos y una verdadera tutela judicial efectiva.

Así mismo, el artículo 230 del CPACA consagró que “las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión”, conceptos que aparentan no significar nada más allá que el sentido literal y estricto de las palabras. No obstante, las anteriores nociones llevan a preguntarse sobre la existencia de una clasificación de las medidas cautelares, pues en nuestro ordenamiento jurídico se pensaron en un primer momento como medidas nominadas, luego como medidas innominadas y, posteriormente, en el CPACA, como medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Es así que, detrás de la importancia de la positivización de las medidas cautelares innominadas, surge la gran discusión teórica-procesal frente a lo que se ha definido en la doctrina como tutela cautelar y sus clasificaciones.

En ese sentido, con el presente escrito se pretenden dos cosas: por un lado, resaltar las virtudes de la tutela cautelar como herramienta para dirimir conflictos de forma ágil, pensando no solo en función de una sentencia sino teniendo como fin la tutela judicial efectiva, lo que implica brindar una respuesta pronta y rápida que materialice efectivamente los derechos, y, por otro lado, demostrar a través de la acción policiva para la protección de la posesión o mera tenencia, que en nuestro ordenamiento existen manifestaciones diversas de la tutela cautelar, tanto así que la acción policiva para la protección de la posesión o tenencia se encuadra bien sea dentro de la categoría de medida autosatisfactiva o dentro de un proceso cautelar autónomo.

En esa línea, se busca a través del estudio de la acción mencionada cuestionar al lector, especialmente a los profesores de derecho procesal, con el fin de replantear el énfasis de la utilidad de la tutela cautelar y de resaltar a los estudiantes la verdadera base teórica sobre la cual se fundan. Ello siguiendo al doctrinante Adolf Wach, quien “[...] no desconocía que el tema

4 Código General del Proceso, artículo 590, numeral 1, inciso c. Entró en vigencia el 1.º de octubre del 2012.

procesal tenía un fuerte tinte práctico, sin embargo, esta parte operativa no podía oscurecer el trasfondo teórico e histórico de la nueva ciencia"⁵.

El documento se dividirá en seis secciones. La primera explica cómo nació el proyecto de investigación. La segunda y tercera abarcan respectivamente una descripción teórica de lo que es la tutela judicial efectiva y la tutela judicial cautelar. La cuarta parte se centra en el derecho policivo, así como en las características generales y procedimentales de la acción policiva encaminada a proteger la posesión y la tenencia, cuyo trámite es el lanzamiento por ocupación de hecho. La quinta parte se ocupa de revelar las similitudes que comparte la acción policiva bajo estudio con la tutela cautelar, y poner de presente cómo la naturaleza de la acción estudiada se encuadra dentro de un proceso cautelar autónomo. Por último, se presentarán unas breves conclusiones.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Este escrito surgió de dos investigaciones, ambas enmarcadas dentro de la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar. La primera investigación inició a finales del año 2013, como miembro del semillero de derecho procesal de la Universidad de los Andes, donde tuve la oportunidad de acercarme al estudio de las medidas cautelares innominadas y las medidas anticipatorias. Tras un trabajo de campo realizado por el semillero a 47 jueces civiles de tres ciudades del país: Sincelejo, Tunja y Bogotá, surgió la ponencia titulada: "Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias"⁶. En dicho estudio se pudo constatar que existe "un desconocimiento por parte de los actores jurídicos de los principios teóricos y prácticos tanto de las medidas cautelares innominadas como de sus pares anticipatorias"⁷, siendo estas algunas de las clasificaciones existentes de la tutela cautelar.

La importancia de entender la clasificación de la tutela cautelar se deriva de la posibilidad que le brinda tanto a las partes como al operario

5 Vázquez Alfaro, Mónica, *La ciencia útil: una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Editorial Uninorte, 2015, p. 77.

6 Dicha ponencia fue postulada para participar en el xv Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho-nivel pregrado, que realiza el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. En el marco del xxxv Congreso colombiano de Derecho Procesal que se realizó en la ciudad de Cartagena a cargo de la misma institución, obtuvimos el tercer lugar de 87 ponencias que participaron, cuya temática era: "Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en materia civil, familia, penal, laboral, contencioso administrativo, arbitraje y competencia desleal". Para esa fecha, el semillero de derecho procesal de la Universidad de los Andes estaba conformado por Santiago Cardona, Ana María Cortés, Felipe Díaz, María Margarita Vesga, Juan Sebastián Gaviria y Ricardo Andrés Ricardo, este último fue ponente.

7 Cardona, Santiago et al., "Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 42 (jul.- dic. 2015). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015, ISSN 0123-2479, ISSN electrónico 2346-3473, p. 219.

judicial de contar con una herramienta que les permita resolver las falencias de un sistema. Es decir, que conocer las características y postulados de la tutela cautelar puede evitar problemas prácticos en términos de materialización de derechos. Ello debido a que los escenarios en que produce efectos una medida innominada⁸ no son los mismos que en los que acontece una autosatisfactiva y mucho menos una típica. Por ejemplo, la medida típica es instrumental dado que está ligada a un proceso principal; contrario a la medida autosatisfactiva que ella en sí misma satisface el *petitorum* sin necesidad de iniciar posteriormente un proceso.

En relación con el vínculo entre los efectos prácticos de la tutela cautelar y la materialización de derechos, resulta relevante poner de presente el caso de la Sentencia T-736 del 2013, donde un señor de 78 años de edad se encuentra imposibilitado para salir de su predio por el camino que él acostumbrada a usar, debido a los obstáculos que han puesto algunos vecinos en los tramos que cruzan sus predios. De ahí que no podía salir a obtener alimentos ni podían ingresar otras personas a dejárselos. A pesar de que la Corte reconoce que el accionista cuenta con otros mecanismos de defensa judicial como el proceso policivo por perturbación a la servidumbre (estando en curso a la fecha de la tutela), dicho instrumento procesal resultaba ineficiente. Es así que la acción de tutela se convierte en el caso concreto en una manifestación de la tutela cautelar, ya que como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable materializa de forma rápida los derechos fundamentales del accionante, hasta que las autoridades competentes resuelvan de fondo el asunto sobre la servidumbre de tránsito.

En esa medida, si existiera en nuestro ordenamiento un conocimiento teórico de la finalidad, características y presupuestos esenciales de la tutela cautelar, los operarios judiciales podrían dejar de ser temerosos y aplicar en mayor medida alguna cautela, en pro de la materialización de los derechos. Es así que podrían identificar racionalmente más rápido cuándo están ante un escenario en que su apoyo es indispensable para alcanzar la justicia. Para lograr esto, se requiere de una formación completa en las universidades en el área de procesal, razón por la cual este escrito está dirigido a los profesores de dicha área, ya que es una herramienta poderosa en los litigios que debe ser enseñada a profundidad.

La segunda investigación inició en el segundo semestre del 2014, cuando tomé el curso de Argumentación en Procesos Civiles con la profesora María del Socorro Rueda. En dicho curso, los estudiantes intentamos contactar a 44 jueces civiles del circuito de Bogotá para aplicar una encuesta

8 Para el estudio detallado de estas medidas se recomienda el artículo "Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias", que se encuentra en la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 42 (jul.-dic. 2015). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015, ISSN 0123-2479, ISSN electrónico 2346-3473.

y un cuestionario respecto a la implementación de las medidas cautelares innominadas. El balance fue la respuesta de 19 jueces (una muestra representativa) y la posibilidad de acceder de forma estadística a lo que piensan sobre la forma en que han aplicado la institución estudiada.

La investigación nació con el fin de resolver “si el juez al expandir sus argumentos hacia la apertura de las medidas cautelares no taxativas o innominadas debe partir de una posición garantista amplia, o con limitaciones al momento de juzgar su decreto o negativa”⁹. Dicho interrogante cuestiona al operario judicial sobre su papel

atendiendo al objeto en litigio, a impedir su infracción o a evitar las consecuencias de la misma, a prevenir los daños que llegaren a causarse, o para hacer cesar los que hubiere causado o para asegurar la efectividad de la pretensión. Esto es atendiendo a los principios de oportunidad y conveniencia del objeto del litigio que puede verse afectado o aminorado o cesado o detenido con un previo decreto de la misma¹⁰.

Las estadísticas obtenidas nos permitieron concluir que las innovaciones normativas no van de la mano con el papel de los operadores judiciales. En lo relacionado con los aspectos que impiden o permiten la medida cautelar,

[e]l error judicial representa un temor por parte de los jueces que impide la decisión de las medidas cautelares, en un 35,7 % lo impide, conllevando a una aprensión negativa de los juzgadores en el momento de calificar la medida cautelar exigida [...]¹¹.

Es en lo anterior que se observa una respuesta deficiente del órgano judicial, pues verse envuelto en un proceso disciplinario o penal produce temores para el decreto de las medidas; aunado al hecho de que se exige una alta argumentación jurídica tanto de las partes como del juez.

Adicionalmente, existe una concepción instrumental de las medidas cautelares en el ordenamiento colombiano, ya que a pesar de que

[p]ara la mayoría (78,6 %) no implica un prejuzgamiento, algunas expresiones de los encuestados indican que se trata de una institución autónoma que no interfiere en la resolución del litigio o en la protección de los derechos reclamados; para otros, su conducta de juzgamiento es parte de la expresión que la ley lo autoriza. Nadie tiene en mente decidir para poner remedio de inmediato al derecho reclamado o que se pretende proteger o salvaguardar¹².

9 Rueda Fonseca, María del Socorro, coord., *Proyecto de investigación las medidas cautelares innominadas en los jueces del circuito de Bogotá*. En Material de la clase Argumentación en Procesos Civiles 2014-2, Bogotá. Estas citas se evidencian en el material entregado por la profesora a los estudiantes para entender el objetivo de la investigación.

10 *Ibidem*.

11 Rueda Fonseca, María del Socorro, primer capítulo, “Las medidas cautelares innominadas en la práctica de los juzgados civiles del circuito de Bogotá”. En Rueda Fonseca, María del Socorro (coord.), *Las medidas cautelares innominadas en el contexto colombiano*, Bogotá, 2016 (en proceso de publicación).

12 *Ibidem*.

Es así que los postulados bases de la tutela cautelar dejan de ser una prioridad para convertirse en algo instrumental en función de la sentencia.

De los resultados alcanzados junto con las investigaciones propias, cada estudiante elaboró un material escrito con las consideraciones respecto a las medidas cautelares innominadas. En lo que respecta a mi caso, reformulé mi posición frente a cuestionamientos como los siguientes: ¿Por qué pensar que las medidas cautelares operan en función de una sentencia? ¿No pueden ser un proceso cautelar autónomo? ¿Cuántas otras medidas cautelares o procesos cautelares existen en nuestro país? Fue de lo anterior que surgió mi interés por encontrar una manifestación de la tutela cautelar en un ámbito inexplorado en nuestro ordenamiento colombiano. De los diversos ejemplos dados en clase nació mi inclinación por el derecho policivo, área completamente desconocida para mí, pero que por ser amante del derecho administrativo resultaba atractivo pues sus postulados nacen de allí.

La profesora María del Socorro Rueda me invitó a participar en el libro que actualmente se encuentra en proceso de publicación titulado *Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano*, en el que se busca revelar que el poder cautelar del juez no es exclusivo del campo civil, sino que puede ser extendido a otras disciplinas como el constitucional, el laboral, el societario, el contencioso administrativo y, en mi caso, en el derecho policivo.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La tutela judicial efectiva es la denominación que le han dado las modernas constituciones a lo que se conoce como “derecho a la jurisdicción”. En Colombia, la Constitución Política de 1991 lo consagra en su artículo 229, como “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Es decir, que implica el “derecho, poder, potestad, facultad, etcétera, de la acción”¹³, de obtener un resultado pronto a los conflictos que surgen del vivir en comunidad. Es así que su fin es que los ciudadanos no impartan justicia por su propia mano¹⁴ sino que acudan a los jueces y tribunales.

Dicho derecho se encuentra establecido en diversas disposiciones internacionales como en varios ordenamientos jurídicos. En relación con los instrumentos internacionales se presenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), la Convención Americana de Derechos Humanos

13 Vargas, Abraham, “La tutela judicial efectiva como derecho constitucional”. En Vargas, Abraham. *Ateneo de estudios del proceso civil*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 117.

14 Conocida como *autotutela de los derechos*.

(art. 25)¹⁵, entre otros. En cuanto a los ordenamientos jurídicos, se consagra en la Constitución italiana de 1974 (art. 24), la española de 1978 (art. 24), la alemana (art. 19.iv GG) y la estadounidense de 1787¹⁶, por mencionar algunos ejemplos. De ahí que sea evidente el papel tan trascendente que desempeña el mencionado derecho, pues se convierte en un instrumento de articulación de las garantías individuales, al ser la noción básica para que se garanticen los demás derechos del individuo.

La doctrina española así lo menciona:

En lo que respecta a las garantías constitucionales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la particularidad de este último no sólo radica en el valor exponencial que ostenta como instrumento de protección procesal para los demás derechos constitucionales, sino en la singularidad metodológica que tiene desde el punto de vista de su misma tutela constitucional¹⁷.

Siendo así notorio que el derecho que se trata contempla dos dimensiones, por un lado, se constituye como derecho subjetivo y, por el otro, como catálogo de principios y garantías procesales¹⁸.

Los derechos subjetivos se definen como

[...] poderes o facultades que tenían las personas para actuar según su voluntad. Estos derechos se manifestaban claramente cuando eran negados o atacados, pues la autoridad judicial acudía a reconocer su existencia material¹⁹.

De ahí que opere la segunda dimensión, pues la persona se valdrá de dos órdenes jurídicos: las *acciones*²⁰ y las *garantías*²¹, con el objetivo de poner fin a las violaciones de sus derechos. En ese sentido, la tutela judicial efectiva implica una interpretación armónica y global con los preceptos de juez natural e imparcial, acceso gratuito, presunción de inocencia, decisión motivada en derecho y de fondo, la interposición de recursos, el

15 Gómez Aranguren, Gustavo, *El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011*. En Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Banco de la República, 2012, p. 181. Disponible en http://consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/inst_del_der_admin.pdf.

16 Ruiz-Rico, Gerardo y María Carazo, "Introducción: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva". En Ruiz-Rico, Gerardo y María Carazo, *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 17.

17 *Ibidem*, pp. 18-19.

18 *Ibidem*, p. 22.

19 Vásquez Alfaro, *op. cit.*, p. 67.

20 "Las acciones aparecían como un estado nuevo del derecho subjetivo que se generaba a partir de su vulneración, un 'desenvolvimiento o metamorfosis que experimentan los derechos por sí mismos subsistentes'. Así, de un 'momento de quietud' del derecho se pasaba a un 'estado de movimiento o actividad' generado por la necesidad de protección del titular del derecho privado (cursiva del texto original)". Vásquez Alfaro, *op. cit.*, p. 67.

21 "Las garantías estaban conformadas por un conjunto de instituciones que tomaban forma ante la vulneración material del derecho subjetivo. Esta categoría teórica estaba integrada por la *jurisdicción*, la *pena* y los *procedimientos* (cursiva del texto original)". Vásquez Alfaro, *op. cit.*, p. 68.

plazo razonable para la obtención de una respuesta, la ejecución de las resoluciones; preceptos y garantías procesales que integran el renombrado derecho al debido proceso.

Lo anterior se observa en la sentencia de tutela²² del Consejo de Estado, en la que se pronunció sobre los tres elementos que componen el derecho a la tutela judicial efectiva. El primero de ellos hace referencia al acceso a la jurisdicción competente para resolver un conflicto, estando implícito en dicho componente el juez natural cuyas funciones han sido predeterminadas por la ley. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al considerar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se limita únicamente a la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso. Por el contrario, implica también la existencia en el ordenamiento jurídico de una gama amplia y suficiente de acciones, excepciones y recursos, así como la posibilidad de obtener la prueba necesaria en la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez²³.

El segundo elemento es el derecho a obtener una resolución de fondo, que implica una sentencia motivada, en derecho, congruente con las pretensiones, en un plazo razonable, una vez se ha ejercido el derecho de defensa y contradicción. Así lo ha considerado la Corte Constitucional al reconocer que “[...] el derecho fundamental a la tutela efectiva de una persona es violado por una corporación judicial al negarse a *conocer de fondo* una acción de tutela [...] (énfasis fuera del texto original)”²⁴. En esa medida, el pilar fundamental de la tutela judicial efectiva busca no solo una resolución de fondo, sino también “[e]l derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso”²⁵.

Por último, el tercer elemento es el derecho a la ejecución de la sentencia, de tal forma que la decisión se materialice y se garantice el derecho. Ello se constata en el artículo 2.º de la Constitución Política de 1991, ya que consagra como fin esencial del Estado y, por lo tanto, como un deber de las autoridades en general y de las autoridades judiciales en particular, el propender por el goce efectivo de los derechos y deberes consagrados en la carta política. Lo anterior se exige, pues “[...] de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan, en simples declaraciones de buenas intenciones”²⁶.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de tutela de 28 de mayo del 2012. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Rafael Vicente Ricaurte Tesillo.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chalbug.

24 Corte Constitucional. Sentencia SU-198 del 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-483 del 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de tutela de 28 de mayo del 2012. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Rafael Vicente Ricaurte Tesillo.

En esa medida, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de nuestro ordenamiento, pilar del Estado social de derecho, pues

la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su *protección procesal*, para lo cual es preciso distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los *medios procesales* por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia (énfasis fuera del texto original)²⁷.

De ahí que,

el derecho a la “tutela judicial efectiva” no es, por lo demás, un derecho de libertad sino un derecho de prestación, que exige que el Estado cree los instrumentos para que pueda ser ejercido y la administración de justicia prestada²⁸.

Es así que el derecho a obtener un amparo cautelar satisfactorio se convierte en uno de los mecanismos o medios procesales necesarios para alcanzar la tutela judicial efectiva, ya que como especie integrante de este, busca alcanzar el tercer elemento mencionado en la jurisprudencia del Consejo de Estado: la ejecución o protección real de los derechos que se discuten y, en consecuencia, de las providencias judiciales, con el fin de que los ciudadanos dejen de obtener “una providencia para enmarcar”.

TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

El régimen de la tutela cautelar se implanta en nuestro ordenamiento por medio de leyes ordinarias que responden al imperativo constitucional de la tutela judicial efectiva²⁹. Es decir, que

[l]a tutela cautelar es la modalidad de tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir aquel efecto³⁰.

Por ello, no puede quedar limitada entonces a la mera protección de los derechos fundamentales ni a los de carácter no patrimonial, sino que debe operar en función de toda clase de derechos e intereses legítimos que requieran amparo³¹. En esa medida, la tutela cautelar es utilizada para prevenir los daños que se generan sobre los derechos por el paso del tiempo del proceso, independientemente del derecho que se busque proteger.

27 Vargas, *op. cit.*, p. 119.

28 Gómez Aranguren, *op. cit.*, p. 181.

29 Ortells, Manuel, capítulo 36, “La tutela judicial cautelar”. En Ortells, Manuel, *Derecho procesal civil*, 8.^a ed. España: Aranzadi, 2008, p. 929.

30 *Ibidem*, p. 928.

31 *Ibidem*, p. 930.

Para prevenir los daños del tiempo, la tutela cautelar emplea arreglos provisionales de la situación de la cual ha surgido el litigio, bien sea manteniendo la situación de hecho existente o alterándola. Dichos arreglos pueden tramitarse por dos vías, la primera es antes o después del proceso jurisdiccional, y la segunda es mientras este corre, de forma que operan los dos coetáneamente. El primero de ellos Carnelutti lo ha definido como “un tercer tipo de proceso por razón de la finalidad, o sea el proceso cautelar”³². El segundo hace referencia a todas las medidas que solo pueden adoptarse en relación con un proceso, mencionando como ejemplo las medidas cautelares.

Es importante tener presente que la forma de tramitarse, es tan solo una más de las clasificaciones de la tutela cautelar. Existen otras como: (1) según la forma en que estén legisladas, es decir, que pueden ser nominadas o innominadas; (2) según la finalidad que persigue la medida, siendo posible que sean de aseguramiento de la futura ejecución forzada o encaminadas a evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo; (3) según lo que se intenta proteger, las cuales serían para asegurar bienes, personas o pruebas, y (4) finalmente según sus efectos sobre la situación planteada, con la posibilidad de ser conservativas, innovativas, provisionales o autosatisfactivas³³. Dichas clasificaciones no son excluyentes, razón por la cual tanto medidas como procesos cautelares pueden recibir varias de las mencionadas connotaciones.

Sin embargo, la doctrina no ha sido pacífica en lo que respecta a su clasificación. Contrario a lo establecido por Arazi,

Calamandrei clasifica las providencias cautelares en cuatro principales tipos: i) las providencias instructoras anticipadas, que tratan de conservar resultancias probatorias que serían utilizadas en el proceso ordinario; ii) providencias de aseguramiento, es decir, aquellas que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada; iii) providencias anticipatorias decisorias, mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva; y, por último, iv) aquellas que designa el juez a manera de caución³⁴.

Más allá de la discusión teórica relacionada con las clasificaciones que puede tener la tutela cautelar, lo cierto es que las medidas cautelares típicas se quedaron cortas para materializar los derechos de las partes y que

32 Carnelutti, Francisco, título tercero, “De la prevención”. En Carnelutti, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil: I introducción y función del proceso civil*. Traducido por N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Meleno. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1944, p. 244.

33 Arazi, Roland, “Normas generales”. En Arazi, Roland. *Medidas cautelares*, 3.^a ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, pp. 15 y 16.

34 Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1.^a ed., Lima: ARA Editores, 2005. En Cardona, Santiago et al., Ponencia “Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias”.

la tutela cautelar va más allá que simplemente alcanzar los resultados de una sentencia.

Ahora bien, frente a los presupuestos para su procedencia, se requiere cumplir con tres requisitos principales: (1) el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, (2) el *periculum in mora* o peligro en la demora y (3) la caución. El primero de ellos consiste en la carga del peticionario de acreditar que existe un alto grado de probabilidad de que su derecho existe, sin que se requiera prueba determinante y plena. En lo que respecta al segundo, son la razón de ser de estas instituciones, puesto que el peticionario debe señalar su interés jurídico en la procedencia de la cautela por la posible disminución o afectación de su derecho. El tercer presupuesto busca que quien solicite la cautela garantice los eventuales perjuicios o daños en que se puedan incurrir al decretarla, si el requirente abusó o excedió el derecho que la ley otorga para obtenerla, sin ser obligatoria en todas las situaciones fácticas. Es decir, no es un elemento de la esencia de estas instituciones.

Ahora bien, una vez analizados los presupuestos teóricos de la tutela judicial efectiva como de la tutela judicial cautelar, resulta conveniente estudiar los postulados en los que se fundamenta el derecho de policía, con el fin de comparar posteriormente la acción policiva para protección de la posesión o mera tenencia con la medida autosatisfactiva y el proceso cautelar autónomo.

DERECHO DE POLICÍA

Historia y evolución del concepto *policía*

El término *policía* proviene del griego *politeia*³⁵ y del latín *politia*³⁶. El primer reino que lo implementó fue el del duque de Borgoña, definiéndolo como “[...] un instrumento en las manos del príncipe para implementar tanto sus fines políticos como los deberes de su Estado”³⁷. Posteriormente, tuvo dos tipos de desarrollo, uno en Alemania y otro en Francia.

En Alemania y Austria se dio con la aparición de la *cameralística*, término proveniente de la palabra *kammerer*, haciendo referencia a las cámaras en las cuales se reunían los ministros con el príncipe a discutir diferentes asuntos. Se ocupaba de la administración del Estado, teniendo

35 “Hacía referencia a las distintas formas de gobierno de la *polis*, tales como monarquía, aristocracia y democracia”. Malagón Pinzón, Miguel, “El modelo de ciencia de la policía”. En Malagón Pinzón, Miguel, *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012, p. 18.

36 *Ibidem*, p. 18.

37 *Ibidem*.

funciones políticas, administrativas, financieras y judiciales³⁸. La policía fue “el instrumento del que se sirvió el príncipe territorial para imponer su presencia y autoridad frente a las fuerzas tradicionales de la sociedad imperial: el emperador, por encima de él, y las clases territoriales, por debajo”³⁹.

En cuanto a Francia, su desarrollo fue distinto, pues “la *police* era entendida en principio como el conjunto de actividades de gobierno reductibles a la seguridad y la tranquilidad de los súbditos (y del príncipe)”⁴⁰. Su orientación se derivaba de las condiciones constitucionales de la actividad del Estado, cuya posición era de defensa del soberano y no de ataque⁴¹.

A pesar de las diferentes evoluciones del término *policía*, lo cierto es que “su primera definición se identificaba con la conservación del buen orden de la comunidad, con el gobierno, la administración y el orden interiores”. Tiempo después, en el periodo del absolutismo, se definió el vocablo policía como el que “[...] busca el bienestar de los súbditos, su felicidad”⁴². Dicha concepción se justificaba en el rol paternalista que asumió el príncipe al establecer cuál era la felicidad y bienestar general de los gobernados.

Es así que a través de la historia la expresión *policía* varía conceptualmente para tener dos facetas: una negativa y otra positiva. La negativa se denomina *policía de seguridad*, y hace referencia a la seguridad y al orden, donde la coacción y el intervencionismo se justifican únicamente para poner fin a los peligros de las libertades individuales, posición que se enmarca dentro de la ideología liberal. Contraria a la faceta positiva, llamada también *policía de bienestar*, que se centra en la felicidad y conveniencia de los administrados, concepción que se mantiene hasta nuestros días en el derecho administrativo, bajo el discurso del Estado social de derecho⁴³.

Como se observa, la evolución histórica nos permite mostrar cómo se transforman las instituciones hasta llegar a lo que hoy en día somos. En el siglo XIX, bajo la lupa del liberalismo, el pretender conservar y proteger los derechos individuales llevó a la necesidad de leyes y códigos escritos, con el fin de reconocerlos y consagrarlos. Así mismo, se llegó a la reglamentación de la administración de justicia y de las formas de los juicios del Estado liberal⁴⁴, dado que tanto la administración como los jueces están sometidos al imperio de la ley. Esto se dio con el fin de impedir el Estado jurisdiccional, “[...] [donde] el juez gobernaba por medio del ejercicio de la

38 Malagón Pinzón, Miguel. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 150.

39 *Ibidem*, p. 19.

40 *Ibidem*, p. 18.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*, pp. 21-22.

43 *Ibidem*, p. 22.

44 Vásquez Alfaro, Mónica, *op. cit.*, p. 18.

jurisdicción”⁴⁵, en el que “[...] estaba [autorizado] para superar el cuerpo de leyes existentes”⁴⁶.

De ahí que el Código Nacional de Policía sea un ejemplo de ello, ya que mediante una autoridad pública hace respetar esa pequeña línea que hay entre lo particular y lo general, reglamentando la actividad de los ciudadanos sin dejar de ser esta una actividad privada. De ahí nace la noción de policía actual, “[...] cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”⁴⁷.

Un caso concreto se manifiesta al consagrar presupuestos de intervención de funcionarios de policía con uso de la fuerza “[p]ara defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes”⁴⁸. Adicionalmente, se establece en cabeza de la policía la protección de

los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho⁴⁹.

Ahora bien, en lo que respecta a la faceta positiva, el discurso del Estado social de derecho permea la noción de policía en las facultades que recaen en cabeza de la autoridad administrativa. Ello en la medida en que se dota a algunas entidades administrativas de facultades jurisdiccionales y de herramientas procesales para enfrentar los desafíos de la realidad social y alcanzar la justicia. Esto resulta de suma importancia si hacemos un análisis de lo que el derecho positivo ofrece, pues es insuficiente para responder a los problemas sociales.

De ahí que, si bien la entidad administrativa está ejerciendo facultades jurisdiccionales, su intervención no solo les otorgará bienestar a quienes disputan el conflicto, sino que también otorgará felicidad al total de ciudadanos que conviven en un espacio geográfico, ya que garantiza el orden público, la seguridad de los vecinos y la paz social como el máximo de vivir en comunidad, ya que las libertades individuales van hasta donde comienzan los derechos de los demás.

45 *Ibidem*, p. 19.

46 *Ibidem*.

47 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991 (20 de julio de 1991). *Gaceta Constitucional* 116, artículo 218, Bogotá.

48 Colombia, presidente de la República. Decreto 1355 (4 de agosto de 1970). Por medio del cual se dictan normas sobre policía. *Diario Oficial* 33 139, artículo 29, f, Bogotá, 1970.

49 *Ibidem*, artículo 1.

La noción de *policía* en el ordenamiento jurídico colombiano

Policía es un concepto amplio⁵⁰ que abarca el poder de policía, la función de policía y la actividad de policía. La Corte Constitucional, en la providencia C-241 del 2010⁵¹, definió el poder de policía como la facultad de dictar normas que regulen la libertad de los individuos, en aras de preservar el ejercicio del orden público. Dicho poder puede ser ejercido por diversas autoridades, siendo de tal forma clasificado en policía legislativa⁵², policía administrativa⁵³ y policía judicial⁵⁴.

En relación con la función de policía, esta es “la expedición de medidas individuales de policía, con base en las normas generales e impersonales [...] dictadas por quienes tienen el poder de policía [...] permitiendo a la autoridad intervenir preventivamente antes de que se viole el derecho”⁵⁵. Es decir, es la concreción del poder de policía sobre sujetos particulares.

Frente a la actividad de policía, se “hace alusión al medio material de policía y no a los medios jurídicos de ella”⁵⁶, en otras palabras, corresponde a la competencia del ejercicio de la fuerza supeditado al poder y función de policía. Para entender esto, hay que precisar que los medios de policía pueden ser jurídicos o materiales; siendo los jurídicos el reglamento, la orden, la autorización, y los materiales la fuerza y la utilización de las armas⁵⁷.

En el presente trabajo se habla de la policía administrativa en la Ley 16 de 1968 que revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para: “Expedir *normas sobre policía* que determinen y reglamenten

50 Es así, que “[...] la fuerza pública armada de policía, es en sí, de naturaleza restringida porque se refiere sólo a la institución y a ella no solamente nos referimos en el concepto general sino también a las demás acepciones del término policía [...]”. Torres Rico, Remberto, *Tratado de derecho de policía*, tomo 1, Parte General, 3.ª ed. Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho, 1999, p. 120.

51 Sentencia que acogió la postura de la sentencia de inexequibilidad del 27 de enero de 1977 de la Corte Suprema de Justicia, y de la Sentencia C-024 de 1994, sobre las definiciones de poder de policía y de función de policía.

52 Si el poder es ejercido por el legislador; es decir, por el Congreso, estamos ante una policía legislativa, pues la Constitución ha otorgado expresa facultad para limitar las libertades por medio de leyes de policía.

53 Si el poder es ejercido por autoridades administrativas que han recibido esa facultad de forma expresa y taxativa en la Constitución, estamos ante una policía administrativa, siendo titulares del poder de policía el presidente de la República, las asambleas departamentales y los consejos municipales.

54 Si estamos ante autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales, se está en presencia de una policía judicial.

55 Olivar, L., Universidad Nacional de Colombia y PUI. Comentarios al Código de Policía de Bogotá. Bogotá: Unijus, 2009, p. 10.

56 Torres Rico, Remberto, *Tratado de derecho*, tomo 1, parte general, 1999, p. 122.

57 *Ibidem*.

las materias de su competencia [...] (énfasis fuera del texto original)”⁵⁸. De ahí surgió el Decreto 1355 de 1970, modificado parcialmente por el Decreto 2055 del mismo año y por el Decreto Extraordinario 522 de 1971, conjunto de normas que conforman el Código Nacional de Policía⁵⁹. Dicho código junto con los decretos que lo reglamentan, son la materialización del poder de policía que recae en cabeza del presidente de la República y establece como de su competencia la conservación del orden público interno, lo que implica salvaguardar la seguridad, salubridad, tranquilidad, ecología y moral pública.

Para efectos de este escrito nos centraremos tan solo en dos de los elementos mencionados, la seguridad y la tranquilidad. Según Miguel Lleras Pizarro, la seguridad pública atañe tres ámbitos, el primero relativo a la seguridad del Estado, el segundo relativo a la seguridad de las personas y el tercero relativo a la propiedad de las personas⁶⁰. En relación con la tranquilidad, esta “[...] busca el sosiego y la paz ciudadana, evitando los desórdenes públicos”⁶¹. En ese sentido, se han establecido una serie de acciones y medidas policivas que se aplican en aras de proteger al pueblo colombiano en sus vidas, bienes y en el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos. Estas las aplican como único titular en el orden nacional, el presidente de la República, y como primeras autoridades en el orden departamental y municipal, los gobernadores y alcaldes respectivamente, quienes podrán delegar a inspectores de policía y comisarías.

El capítulo v del libro segundo “Del ejercicio de algunas libertades públicas” del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), regula lo concerniente al derecho de propiedad. En su artículo 125 consagra que

La policía solo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación⁶².

De ahí que esté en cabeza de la policía hacer frente a toda perturbación al derecho de posesión o mera tenencia del cual tengan conocimiento, pues dicha perturbación atenta contra el orden público, específicamente

58 Colombia. Congreso de la República. Ley 16 (28 de marzo de 1968), por la cual se restablecen los juzgados de circuito, se dictan normas de competencia en materia penal, civil, laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 32467, artículo 20, numeral 13, Bogotá, 1968.

59 El proyecto de Ley 99 del 2014, por el cual se expedirá el Nuevo Código Nacional de Policía fue aprobado en segundo debate el 5 de abril del 2016. Sin embargo, su trayecto para entrar al ordenamiento jurídico aún es largo.

60 Lleras, Miguel, *Derecho de policía*. Bogotá: Librería Editorial La Gran Colombia, 1943, p. 56.

61 Torres Rico, *Tratado de derecho*, tomo 1, parte general, 1999, p. 24.

62 Colombia, presidente de la República, Decreto 1355 (4 de agosto de 1970). Por medio del cual se dictan normas sobre policía. *Diario Oficial* 33139, artículo 125, Bogotá, 1970.

contra la seguridad y contra el deber del Estado de proteger los bienes de las personas.

Este capítulo se centra en la función de policía y en la actividad de policía, ya que las órdenes que profieren el presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes (o a quienes ellos hayan delegado dicha función) se fundan en la intervención preventiva que busca mantener el *statu quo* del poseedor o tenedor que ha visto vulnerado su derecho. Ello puede implicar el uso de medios materiales como el uso de la fuerza, es decir, el acompañamiento de la fuerza pública para hacer el lanzamiento de los perturbadores o despojadores, tal y como se verá a continuación.

La acción para la protección de la posesión o tenencia vía lanzamiento por ocupación de hecho⁶³

El ser humano que ve agredido su derecho de posesión o de mera tenencia “puede recurrir a las autoridades de policía para que ejerzan las actuaciones orientadas a mantener las cosas en el estado en que estaban antes de la perturbación o despojo”⁶⁴. En ese sentido, hay que tener presente que existen dos tipos de acciones policivas encaminadas a proteger la posesión o tenencia: (1) la acción por perturbación y (2) la acción por despojo. Ambas siguen el procedimiento de los códigos departamentales respectivos, salvo que no consagren uno y deban tramitarse por el de lanzamiento por ocupación de hecho⁶⁵, tal y como se describe a continuación.

63 Si bien hoy en día no existe un procedimiento universalizado como lo era la Ley de Lanzamiento, pues cada departamento es autónomo y en ejercicio del poder de policía están facultados los concejos departamentales para proferir las normas relacionadas con el reglamento de policía y convivencia ciudadana, lo cierto es que muchos de los códigos de policía departamentales comparten fases procedimentales y características con la mencionada ley. Por ejemplo, el Código de Policía del departamento del Huila y de Cundinamarca consagran también que el término de caducidad de las querrelas civiles es de 30 días desde la ocurrencia del hecho. A pesar de que muchos de los códigos establecen en su normatividad remisión al Código de Procedimiento Civil, ello no muestra que la Ley de Lanzamiento fue una institución que nació para hacerle frente a las realidades sociales, que a la fecha de hoy se ha actualizado. Sin embargo, estadísticas como la de la alcaldía de Medellín donde en el 2013 se solicitaron únicamente 15 lanzamientos por ocupación de hecho nos muestran que hoy en día son poco utilizadas en la realidad social, cuando son unos mecanismos procesales muy poderosos de protección.

64 Velázquez, Luis, sección II, “Las acciones posesorias”. En Velázquez, Luis, *Bienes*. 12 ed. Bogotá: Temis, 2010, p. 521.

65 El artículo 15 de la Ley 0057 de 1905 contempla la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, reglamentada por el Decreto 992 de 1930, específicamente para predios no agrarios. La Corte Constitucional en Sentencia C-241 del 2010 arguyó que dado que el Código Nacional de Policía reguló integralmente dicha materia, “ampliando su objeto a todo tipo de perturbación sobre la posesión y la tenencia y autorizando la defensa del ocupante no sólo a partir de la demostración de la tenencia sino también de la constatación de cualquier otro título que justifique válidamente la ocupación”, frente a ella (Ley 0057 de 1905) operó la subrogación y modificación de los alcances de la norma. Lo anterior se fundamentó en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que consagra que una disposición legal es insubsistente “por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refiera”, situación que ocurrió en el caso concreto. En ese sentido, el Decreto 992 de 1930 carecería de objeto reglamentario y “al no existir en el Código Nacional de Policía un procedimiento especial para la acción policiva de perturbación, [...] es posible

La legitimación en la causa la tiene toda persona a quien se le haya privado de hecho de la tenencia o posesión material de un predio no agrario, sin que haya mediado su consentimiento expreso o tácito o alguna orden de autoridad competente. Es así, que tienen legitimación el propietario que busca proteger su posesión, el poseedor y el tenedor, quien deberá pedir por medio de un memorial escrito, que el respectivo alcalde municipal o inspector de policía, según la reglamentación de cada departamento, realice el lanzamiento⁶⁶. Dicho memorial, también llamado queja o querrela debe presentarse de forma personal y contener una serie de requisitos⁶⁷, que en caso de no cumplirse se devolverá para que el poseedor los adicione o corrija.

Sumado a lo anterior, el memorial debe acompañarse de: (1) poder, si se actúa por medio de abogado; (2) acreditación del título en que se apoya para iniciar la acción y (3) la prueba sumaria de la fecha en que fue privado de la tenencia o la fecha en que tuvo conocimiento de la ocupación. Frente al título, este hace referencia a la calidad bajo la cual se solicita el amparo, condición en la que es obligatorio acreditar la relación de hecho con el bien. Es decir, la posesión o mera tenencia, dado que en estos procesos no se controvierte el dominio pues este es de competencia única de la justicia ordinaria. El Código Civil en su artículo 981 consagra que

Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación.

aplicar en subsidio el procedimiento establecido para el efecto en los Códigos Departamentales de Policía [...] o mediante los reglamentos especiales previstos en los Códigos Distritales de Policía, de manera que la acción policiva nacional por perturbación se desarrolle conforme a tales procedimientos de manera concurrente, competencia que en todo caso no excluye la facultad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República". Corte Constitucional, Sentencia C-241 del 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. No obstante, se constata que algunos códigos territoriales no consagran el procedimiento que deben seguir las quejas o querrelas para la protección de la posesión o tenencia, razón por la cual en función del criterio de interpretación del "efecto útil" de las normas jurídicas, que "enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero". Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Se sigue que se regirán por el procedimiento establecido en el Decreto Reglamentario 992 de 1930.

66 *Lanzamiento* ha sido definido por el *Diccionario de la lengua española*, como el "Despojo de una posesión o tenencia por fuerza judicial".

67 La querrela debe contener los siguientes requisitos: a) El nombre del funcionario a quien se dirige; b) El nombre del querellante, expresando si lo hace por sí o a nombre de otro, y su estado civil y vecindad; c) La persona o personas contra quienes se dirige la acción y su estado civil y vecindad, si fueren conocidos; d) La finca que ha sido ocupada de hecho, su ubicación y los linderos y las demás señales que sirvan para identificarla claramente; e) La fecha desde la cual fue privado de la tenencia material, o la fecha en que tuvo conocimiento de ese hecho; y f) los títulos en que se apoya para iniciar la acción y los hechos en que funda la queja. Presidencia de la República, Decreto 992 (21 de junio de 1930). Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923. Bogotá, artículo 2.

Es así que quien inicie la acción deberá valerse de lo mencionado para probar su legitimación al actuar. Ahora, en relación con la prueba sumaria, esta “[...] es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no ha sido controvertida”⁶⁸. En esa medida, podrá valerse el legitimado de cualquier medio probatorio para probar los hechos que le están perturbando o despojando, sin que se requiera ser controvertida. En caso de que el querellante no cumpla con los requisitos mencionados o las pruebas presentadas por el querellante no sean suficientes para demostrar los hechos en que se fundó la petición, el alcalde o inspector se abstendrán de ordenar el lanzamiento.

En caso contrario, una vez que el alcalde acredite que la solicitud está en debida forma procede a pronunciarse por medio de resolución escrita y motivada sobre

la admisión de la misma, el reconocimiento de la personería jurídica del apoderado si lo hay, el decreto u orden de lanzamiento, el señalamiento de fecha [y hora para la práctica de la diligencia] y la orden de notificación, advirtiendo la procedencia de los recursos legales⁶⁹.

Dicha decisión se notificará a los ocupantes de forma personal y ante el fracaso de esta, mediante aviso fijado en la entrada del predio objeto de la disputa.

La diligencia de lanzamiento se llevará a cabo en las 48 horas siguientes al recibo de la solicitud de queja, trasladándose el alcalde o inspector de policía al lugar donde está ubicada la finca o el predio, junto con su secretario, las personas interesadas y dos testigos (si se consideran convenientes). Una vez en el lugar, el alcalde llamará a la puerta de la casa y hará saber quién es y cuál es el objeto de la diligencia⁷⁰. La diligencia de lanzamiento es la de mayor importancia en este proceso, pues

en ella se lleva a cabo el debate procesal sobre la posesión o tenencia del inmueble objeto de querella y su perturbación, se solicitan y se practican las pruebas de la parte querellada, se formulan las oposiciones a que haya lugar, se presentan alegaciones y se dicta el fallo correspondiente, concediendo los recursos del caso, en el evento que procedan⁷¹.

Frente a los recursos, la Corte Constitucional en la Sentencia T-560 del 2009 concluyó que

resulta posible que las disposiciones de policía establezcan el recurso de apelación en los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho, salvo cuando la querella, de acuerdo con las normas de competencia, se tramite

68 Coronado, Gustavo, *Derecho de policía aplicado*, 9.^a ed. Bogotá: Temis, 2003, p. 63.

69 Torres Rico, *Tratado de derecho*, tomo II, parte especial, procedimental y práctica, 2004, p. 152.

70 Presidencia de la República, Decreto 992 (21 de junio de 1930). Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923. Bogotá, artículo 9.

71 Torres Rico, *op. cit.*, pp. 153-154.

directamente ante el alcalde municipal, caso en el cual el trámite es de única instancia, o frente a la decisión que ordena el lanzamiento, la cual por expresa disposición legal, no es susceptible de recursos⁷².

Es así, que durante el proceso policivo solo “son impugnables las providencias proferidas con ocasión del trámite”⁷³ y la de suspensión de la diligencia.

Ahora bien, en relación con la prescripción y caducidad del lanzamiento por ocupación de hecho, la primera se ve interrumpida desde la fecha de presentación de la querrela, una vez esta es admitida. Frente a la caducidad del medio procesal, esta surte efectos cuando pasados 30 días hábiles desde la ocupación o desde que el titular del derecho tuvo conocimiento de los hechos fácticos⁷⁴, no se presentó queja alguna. En esa línea, las decisiones que tomen las autoridades de policía son medidas provisionales, que se mantienen solo hasta que el juez ordinario no decida otra cosa con respecto al derecho de dominio.

Una vez estudiados en detalle los presupuestos tanto de la tutela judicial efectiva y de la tutela judicial cautelar, como del derecho de policía en general y de la acción posesoria para la protección de la posesión o mera tenencia, sobreviene importante hacer un paralelo entre las instituciones mencionadas para determinar si el mecanismo bajo estudio hace parte de ese gran género de tutela cautelar.

¿ES LA ACCIÓN POLICIVA PARA LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN O MERA TENENCIA UNA MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR?

En este acápite se pretende argumentar por qué la acción policiva es una manifestación de la tutela cautelar. Para ello nos guiaremos con las semejanzas existentes entre ambas y del marco teórico que se presentó en las páginas anteriores.

En primer lugar, dado que la tutela judicial efectiva es el derecho a la jurisdicción, es decir, el derecho a acceder a la administración de justicia para que un juez o tribunal resuelva de fondo un conflicto, la acción policiva se enmarca dentro del mismo escenario. Ello en la medida en que un poseedor acude a una autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales para que este le resuelva sobre la perturbación o despojo del cual ha sido víctima por un ocupante. El alcalde o inspector de policía si bien son autoridades administrativas, en ellos se ve implícita la función jurisdiccional. La Corte Constitucional así lo ha afirmado en la Sentencia T-1104 del

72 Corte Constitucional, Sentencia T-560 del 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

73 Coronado, *op. cit.*, p. 67.

74 Presidencia de la República, Decreto 992 (21 de junio de 1930), artículo 15.

2008: “cuando se trata de procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia, o una servidumbre, las autoridades de policía ejercen función jurisdiccional y las providencias que dicten son actos jurisdiccionales”⁷⁵.

Los actos jurisdiccionales son aquellos mediante los cuales “un órgano competente del poder público resuelve un asunto litigioso o verifica si una situación es conforme a derecho”⁷⁶, es aquel que “se presenta como una resolución”⁷⁷. Es así, que la acción policiva resuelve el asunto de la posesión o tenencia que se encuentra en litigio entre un ocupante o perturbador y un verdadero poseedor, dando punto final a este, pues “es un caso particular en el que lo que decida la autoridad administrativa en ejercicio de facultades jurisdiccionales ‘hace tránsito a cosa juzgada formal y no es cuestionable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’”⁷⁸.

La cosa juzgada formal opera cuando

[...] la resolución no puede ser modificada en el mismo proceso en que se dictó, es decir, cuando no puede ser impugnada o, más claro, cuando la cuestión discutida en un juicio no puede volver a removerse dentro de este mismo juicio⁷⁹.

Esta situación se evidencia en dos escenarios. Por un lado, en la restricción frente a los recursos procedentes contra el fallo que verifica o practica el lanzamiento, pues permite que el derecho se cristalice ya que no habrá necesidad de que el mismo funcionario o el superior jerárquico se pronuncien para que se cumpla su decisión de restablecimiento o mantenimiento del *statu quo*. Por el otro lado, fue reconocida en el artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que consagra que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de: “Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”. Ello se justifica, en la medida en que si no tuvieran facultades jurisdiccionales, las manifestaciones de voluntad de los inspectores de policía serían actos administrativos cuyo control de legalidad estaría sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, en relación con la cosa juzgada material, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva consideran que el hecho de poder iniciar una acción ordinaria posterior no implica que no exista cosa juzgada material. Por el contrario

75 Corte Constitucional, Sentencia T-1104 del 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Esta posición se asumió nuevamente en la Sentencia T-267 del 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

76 Puppio, Vicente J., *Teoría general del proceso*, 7.^a ed. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 122.

77 Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, Teoría general del derecho procesal. Medidas cautelares. Argentina: La Ley, 2009, p. 200.

78 Corte Constitucional. Sentencia T-201 del 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

79 Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva, capítulo XVIII, “Las acciones posesorias”. En Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva, *Los bienes y los derechos reales*. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1982, p. 861.

[...] un análisis más penetrante revela lo contrario, porque las acciones ordinarias que quedan a salvo promueven una cuestión diversa de la planteada y resuelta en el interdicto [(acción posesoria)], y siendo así mal puede afirmarse que éste no produce cosa juzgada material: la sentencia del juicio posesorio es irrevocable en cualquier otro juicio posterior⁸⁰.

En otras palabras, si bien los efectos de la sentencia de un juicio posesorio pueden ser neutralizados por un juicio petitorio, lo cierto es que lo que se discute en uno y en otro es diferente. Mientras en el juicio posesorio se discute la posesión, en el juicio petitorio se discute la titularidad del dominio o de otro derecho real de goce⁸¹.

En ese sentido, debe entenderse que la acción policiva es un arreglo provisional como toda tutela cautelar, pues busca mantener el estado de hecho mientras que el juez ordinario no diga otra cosa. Esta acción es una “[medida encaminada] a un arreglo (*sistemazione*) provisional de la situación de que ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su iter”⁸². Es decir que las autoridades de policía con facultades jurisdiccionales responden a las acciones policivas con arreglos provisionales, manteniendo el *statu quo* del poseedor mientras que este acude a la jurisdicción ordinaria (si así lo desea) para que por medio de la acción reivindicatoria, publiciana o usucapión discutan ante un juez civil su derecho de dominio. Es así, que son provisionales porque “[...] ceden el puesto a los proveimientos definitivos que el oficio competente pronuncia”⁸³ sobre la propiedad o dominio del bien. Esto acontece, solo “[...] si el titular del derecho con quien el poseedor se encuentra en conflicto ejercita fundadamente la acción petitoria”⁸⁴.

Frente a los derechos a proteger, como se dijo, la tutela judicial efectiva no debe recaer solo en derechos fundamentales o derechos de carácter no patrimonial, sino que debe garantizar la materialización de toda clase de derechos incluyendo la posesión y el disfrute de los bienes. Por ello, la acción de policía es un mecanismo idóneo utilizado para garantizar la tutela judicial efectiva, pues la parte solo tiene el poder de acción para acudir ante la autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales en búsqueda de una resolución eficiente y justa de su conflicto. Siendo así que “[e]l derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado, fundado

80 *Ibidem*, p. 862.

81 *Ibidem*.

82 Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil: i introducción y función del proceso civil*. Traducido por N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Meleno. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1944, p. 243.

83 *Ibidem*, p. 246.

84 Alessandri, *op. cit.*, p. 863.

en la necesidad general de la tutela del derecho y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto”⁸⁵.

La importancia de que sea un mecanismo eficaz que responda a las realidades sociales se enmarca en la finalidad que comparten tanto la acción policiva como la tutela cautelar. Dicha finalidad es la prevención de los daños que se causan a los derechos por el paso del tiempo. Para alcanzar la tutela judicial efectiva es necesario valerse de herramientas como la tutela cautelar, pues esta última abarca una amplia gama de posibilidades dirigidas a prevenir que por la duración del proceso se causen daños y se vean disminuidos los derechos. “De ese modo, junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio), como una tercera finalidad del proceso”⁸⁶.

En la acción de policía se demuestra la finalidad en el artículo 2 del Código Nacional de Policía, al establecer que a la Policía le compete la conservación del orden público interno, que resulta de *la prevención* y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Carnelutti asegura que más que el aseguramiento de los derechos, lo que se busca es “[...] *prevenir* los daños del litigio, que ni el proceso jurisdiccional ni el ejecutivo son aptos para eliminar, a causa de su duración (énfasis fuera del texto original)”⁸⁷. En esa medida, la acción policiva se constituye en ese mecanismo idóneo de protección a la posesión o mera tenencia, dado que “[p]ara reparar y prevenir [los] frecuentes despojos el procedimiento regular, en que se planteaba latamente la cuestión de dominio, resultaba sumamente demoroso; la urgencia de las soluciones impuso los interdictos [...]”⁸⁸.

De ahí que estemos frente a una tutela posesoria, pues se busca mantener el *statu quo* como poseedor, previendo los daños que podrían causarse por el paso del tiempo mientras que un poseedor ilegítimo detenta el bien. Ello implica “partir de unos presupuestos epistemológicos distintos de los clásicos, a saber el asegurar la eficacia de la sentencia entendida como objeto y 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”⁸⁹. De ahí que, lo verdaderamente importante sea la materialización del derecho, independientemente de cuál sea, pues “se presenta el hombre como ser central que se relaciona con sus semejantes y

85 Chiovenda, Giuseppe, *Serie clásicos del derecho procesal civil*, vol. 4, *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducido por E. Gómez Orbaneja, 1.ª ed. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 160.

86 Carnelutti, *op. cit.*, p. 243.

87 *Ibidem*.

88 Alessandri, *op. cit.*, p. 859.

89 Cardona, Santiago et al., “Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias”. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 42 (jul.-dic. 2015). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, ISSN 0123-2479, ISSN electrónico 2346-3473, p. 3.

con las cosas⁹⁰. Siendo así que garantizar el derecho de posesión permite brindar una solución pronta al hombre que se relaciona con los bienes que detenta, así como dar solución a las perturbaciones que atentan contra el orden público y la paz social.

En otras palabras, la acción policiva se convierte en ese instrumento de protección efectivo para prevenir los conflictos sociales que ponen en crisis la tranquilidad de la comunidad, de tal forma que no solo asegura el derecho del poseedor o tenedor legítimo con una respuesta rápida que restablece el *statu quo*, sino que también les garantiza a los demás miembros de la comunidad una solución expedita que le permite al conjunto social vivir bajo la sana convivencia, amparada por la seguridad de preservación de la relación de cada hombre con sus bienes y posesiones. Así lo afirman Alessandri y Somarriva,

Las acciones posesorias propiamente tales e incluso la querrela de restablecimiento encuentran su razón de ser en la *paz social*. Impiden que los particulares, con prescindencia de la autoridad del Estado, se hagan justicia por sí mismos y alteren, por obra de sus solos medios, la situación de hecho existente relativa al inmueble⁹¹.

Ahora bien, en lo que respecta a los requisitos esenciales para el decreto de la tutela cautelar, la acción policiva cumple con ellos. Frente al “*fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho”, cuya “[...] urgencia no permite sino un examen completamente superficial [...]”⁹², este se cumple a cabalidad pues solo es necesario aportar prueba sumaria de la fecha en que fue privado de la tenencia o de la fecha en que tuvo conocimiento de la ocupación. Carnelutti ha afirmado que “el conocimiento sumario [es] característico de la mayor parte de los procesos cautelares”⁹³, de ahí su relación evidente con el juicio policivo. Es así que el legitimado deberá hacer uso del medio probatorio que considere pertinente para probar tanto su título como poseedor como los hechos de que le están perturbando o despojando la posesión, sin que se requiera ser controvertida previamente.

La prueba es sumaria en las acciones posesorias porque

[e]l origen, o al menos, el desarrollo de los interdictos protectores de la posesión de los bienes raíces se relaciona con dos circunstancias: primera, la dificultad de probar el dominio después de las guerras púnicas (264 al 146 antes de J. C.) [...] y segunda, el ataque que sufrieron los bienes durante las guerras civiles de los dos últimos siglos de la República (fines del siglo II y mediados del I antes de J. C.)⁹⁴.

90 *Ibidem*.

91 Alessandri, *op. cit.*, p. 857.

92 Carnelutti, *op. cit.*, p. 244.

93 *Ibidem*, p. 244.

94 Alessandri, *op. cit.*, p. 859.

Este origen histórico nos permite manifestar que fueron instituciones que nacieron para reparar y prever las frecuentes perturbaciones o despojos, donde el apremio imponía “[...] que la prueba quedaba limitada al hecho de la posesión, turbada o perdida injustamente”⁹⁵.

Así mismo, se constata que se está en presencia de un examen superficial dado que “[...] la resolución es tomada precisamente porque un derecho se discute entre dos y no es, por tanto, necesario decidir a quién corresponde [...]”⁹⁶. Es así, que en los procesos de policía no se controversia el derecho de dominio ni se consideran las pruebas que se exhiban para acreditarlo. El artículo 979 del Código Civil así lo consagra:

En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue. Podrán con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera⁹⁷.

En este punto vale recordar que si bien la posesión no es una relación jurídica, sí le otorga un derecho al poseedor frente al juez o frente a la autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales para exigir que se mantenga su estado de hecho; siendo esta la razón de la procedencia de las acciones posesorias. Sin embargo, si un estado de hecho no es conforme a derecho, la discusión y su cambio solo podrán conseguirse por orden del juez ordinario.

El hecho de que en un proceso (posesorio) se contienda y se juzgue acerca de la posesión y, por el contrario, en el otro (petitorio) se dispute y se decida acerca del derecho, significa sólo que en este último se atiende al acertamiento y en el primero a un arreglo provisional del conflicto, en espera del acertamiento definitivo, en cuanto subsista la necesidad del mismo⁹⁸.

En relación con el requisito del “*periculum in mora* o peligro en la demora”, la obligación legal de la autoridad administrativa de practicar la diligencia en las 48 horas siguientes al recibo de la querrela, no es más que una respuesta a la urgencia y necesidad de que la protección efectiva de la posesión se materialice, dado que de no ser así su derecho se puede ver comprometido o disminuido por el paso del tiempo. En esa misma línea, el querrelante debe señalar su interés jurídico en la procedencia de la cautela, pues quien ve perturbado o despojado el derecho de poseedor o tenedor puede ver disminuido o menoscabado su derecho en la imposibilidad de disfrutar el bien o las mejoras hechas.

95 *Ibidem*.

96 Chiovenda, *op. cit.*, p. 160.

97 Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887.

98 Carnelutti, *op. cit.*, p. 247.

Otra razón sobre la utilidad de proteger de manera rápida la situación de hecho se fundamenta en la suma de posesiones que eventualmente podrá alegar el poseedor en un juicio posterior, contra otro poseedor que alegare tener un mejor derecho. Es decir que

[l]as que protegen al verdadero poseedor le permiten conservar o recuperar no sólo la situación material o de hecho que gozaban, sino sobre todo mantener incólume el curso de la prescripción adquisitiva, que el despojo o la turbación sufrida amagaba interrumpir⁹⁹.

Sobre este punto se fundamenta el peligro en la demora que debe acreditarse para el decreto de una tutela cautelar, pues al ser un arreglo provisional es urgente para prevenir los eventuales daños que cause el paso del tiempo.

Así mismo, las diferencias en los términos de caducidad y prescripción que existen entre la acción policiva y la acción judicial justifican el peligro en la demora de la tardanza de este último mecanismo. En la acción policiva se debe actuar de forma más rápida para obtener una respuesta de las autoridades. La acción policiva de lanzamiento caduca si pasados 30 días hábiles desde la ocupación o desde que se tuvo conocimiento de los hechos fácticos, no se presentó queja alguna¹⁰⁰; mientras que la acción posesoria judicial caduca al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella, o desde que el poseedor anterior la ha perdido, o desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad¹⁰¹. La diferencia en los términos que existen entre ambas nos permite constatar que en la acción policiva el camino entre la solicitud y la respuesta se acorta, y se tiene una respuesta más expedita que disminuye los peligros que pueden acarrear la demora que implica un proceso de un año.

Adicionalmente, las diferencias en el término de duración del procedimiento permiten constatar que la acción policiva es más expedita que la instaurada ante un juez de la república. Como se mencionó en el apartado tres de este capítulo, el procedimiento para la protección de la posesión o tenencia se regirá por los códigos departamentales o municipales respectivos, salvo cuando no se establezca uno concreto, que implicará volver al Decreto Reglamentario 992 de 1930 en función del criterio de interpretación del efecto útil de las normas, pues de lo contrario estaríamos ante un vacío jurídico.

99 Alessandri, *op. cit.*, p. 858.

100 Presidencia de la República, Decreto 992 (21 de junio de 1930). Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923. Bogotá, artículo 15: "La acción administrativa sumaria de lanzamiento prescribe a los treinta días, contados desde el primer acto de ocupación o desde el día en que tuvo conocimiento del hecho el querellante, según el caso".

101 Congreso de la República, Código Civil, Ley 57 de 1887, artículo 976.

Dicho decreto consagra que tan solo hay que esperar 48 horas desde la presentación de la queja o querrela para que el alcalde o inspector se desplacen al predio a realizar la diligencia de lanzamiento. En dicha diligencia se practican pruebas, se reciben las declaraciones de las partes y los testigos, se da la oportunidad de oposición y el alcalde o inspector (dependiente del reglamento de cada departamento) procede a realizar el lanzamiento. *Contrario sensu*, la acción posesoria vía judicial se tramita por el proceso abreviado según el Código de Procedimiento Civil y por el proceso verbal sumario según el Código General del Proceso, que si bien es más rápido que el ordinario o que el verbal respectivamente, los términos de traslado¹⁰² implican un mayor paso del tiempo, aumentando los costos o daños que podrían producirse sobre los derechos. En sí, la acción policiva representa “la anticipación de determinadas fases o actos del proceso, con relación al momento que normalmente debieran llevarse a cabo, para evitar los peligros del retardo”¹⁰³.

En lo que respecta al último requisito para el decreto de la cautela, “la caución”, a pesar de que este no se hace presente en la acción policiva, pues la ley no la exige para su decreto, ello no afecta ni desvirtúa las grandes semejanzas existentes entre la tutela cautelar y la acción de policía. Dado que como se mencionó en el acápite tercero sobre tutela judicial efectiva y tutela judicial cautelar del presente texto, esta no es obligatoria para todas las situaciones fácticas. Es decir, no es un elemento de la esencia de la tutela cautelar.

Sumado a todo lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T-194 de 1996 lo reafirmó así al conocer una acción de tutela interpuesta por el querrellante contra la Inspección 8 “E” de Policía¹⁰⁴: “La acción policiva tiene un carácter eminentemente cautelar. Ella se dirige a restablecer y preservar la situación posesoria o de mera tenencia que existía en el momento en que se produjo su ataque o perturbación”¹⁰⁵. Así mismo, asegura que en la acción policiva se deben tener en cuenta los hechos relativos al momento en que se instauró la misma porque de lo contrario no se preservaría el *statu quo* de la relación posesoria. De no ser así, la acción quedaría librada a la dinámica de los hechos posteriores, situación que no permite la protección efectiva.

En conclusión, la acción policiva de protección a la posesión o tenencia es una manifestación de la tutela cautelar puesto que: (1) también es un

102 Ambos códigos contemplan que el término de traslado para el demandado es de diez días y si hay excepciones previas el traslado al demandante de tres días (artículos 408.2, 409 y 410, Código de Procedimiento Civil y artículos 390.8 y 391, Código General del Proceso).

103 Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, p. 246.

104 El objeto de la tutela es que el demandante consideró que dentro del trámite dado por esa autoridad policiva a la querrela 053-93 se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

105 Corte Constitucional, Sentencia T-194 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

instrumento utilizado para alcanzar la tutela judicial efectiva, brindando una solución pronta y eficiente al derecho de posesión y a la protección de los bienes que se encuentran perturbados; (2) tienen la misma finalidad, cual es prevenir los daños que se causan por el paso del tiempo; (3) son un arreglo provisional de mantenimiento de la situación de hecho, ya que no se discute el derecho de dominio; (4) cumple con los mismos requisitos para su decreto —el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*—, materializados en el examen superficial que se acredita con la prueba sumaria de la fecha en que fue privado de la tenencia o la fecha en que tuvo conocimiento de la ocupación, y en el deber legal de practicar la diligencia dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la queja, los términos procedimentales y de caducidad, así como los recursos procedentes.

¿Es la acción policiva para la protección de la posesión o mera tenencia una medida autosatisfactiva, un proceso cautelar autónomo o ambas?

Ahora bien, ya que se constató que la acción policiva es una manifestación de la tutela cautelar, vale la pena preguntarse si esta se encuadra dentro de una de sus clasificaciones, concretamente en la de proceso cautelar autónomo.

Para ello hay que tener presente que la doctrina no ha sido pacífica al definir lo cautelar como proceso autónomo e independiente, pues existe un gran número de autores que lo consideran subordinado a un juicio principal. Ello se constata en las conclusiones a las que llega Osvaldo A. Gozaíni:

- a) No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan; b) El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva; c) Existe un proceso cautelar por las características procesales como se lo dispone, donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto al juicio principal¹⁰⁶.

En relación con la primera de las conclusiones, podría decirse que nuestra doctrina nacional se enmarcó dentro de esta en algún momento de la historia, pues el Código de Procedimiento Civil contempló, en su época, únicamente las medidas cautelares típicas: embargo, secuestro, inscripción de la demanda, guarda y aposición de sellos, y ahora con el Código General del Proceso contempla las medidas innominadas, todas encaminadas a satisfacer el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, la finalidad de este texto es revelar que en el ordenamiento colombiano existen otras manifestaciones cautelares como la acción policiva para la

106 Gozaíni, *op. cit.*, p. 594.

protección de la posesión o tenencia, que se pueden encuadrar dentro de la segunda o tercera conclusión.

En relación con la segunda postura, donde se considera al proceso cautelar como una manifestación de la justicia preventiva, los doctrinantes Morello, Sosa y Berizonce consideran que

[a]llí cumplen, como coronación de un proceso de conocimiento cabal, no inaudita parte sino con bilateral sustentación, ni tampoco de modo superficial o prima facie de las causas determinantes, un rol principal, autónomo, no conexo ni instrumental de otro proceso. Se agota en sí mismo al brindar autosatisfacción¹⁰⁷.

Estas han sido llamadas *medidas autosatisfactivas*, tratándose de “un requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota [...] con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo medida cautelar”¹⁰⁸. De la anterior definición se constata la independencia existente de las medidas autosatisfactivas frente a las medidas cautelares, pues las primeras al no depender de un proceso principal quedan autosatisfechas con su requerimiento como su nombre lo indica, considerándoseles como un proceso urgente.

Las medidas autosatisfactivas

constituye[n] una especie —aunque de la mayor importancia— del género de los “procesos urgentes”, categoría esta que engloba una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus, las propias medidas cautelares, etc.) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor “tiempo” posee una relevancia superlativa¹⁰⁹.

La acción policiva es una medida autosatisfactiva, pues una vez el poseedor o tenedor le formula al inspector de policía o alcalde (autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales) su petición (querrela o interdicto) de protección a la posesión por el despojo o perturbación de un tercero, obtiene una respuesta favorable, pronta y eficaz, que se agota con ella misma sin la necesidad de requerir un proceso judicial ordinario posterior que implica un mayor desgaste del derecho por el paso del tiempo. Así mismo, es autosatisfactiva porque no tiene nada que ver con el juicio petitorio posterior, razón por la cual goza tanto de cosa juzgada formal como material.

107 *Ibidem*, p. 596

108 Peyrano, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”. En Peyrano, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 13.

109 *Ibidem*, p. 14.

Respecto a la tercera posición, la existencia de un proceso cautelar autónomo, Kielmanovich afirma que “tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés de las personas involucradas en el proceso contenciosos o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo”. Ello se constata en la acción policiva, ya que la decisión es provisional pues lo que está en discusión es la relación de hecho con el predio, ya que la posesión nace por el acto de una persona de considerarse como señor y dueño frente a una cosa, razón por la cual la decisión policiva solo se mantendrá mientras no se acuda al juez civil, ante quien se tramitará la petición definitiva sobre el derecho de dominio.

Adicionalmente, tiene la misma estructura o lógica que hay detrás de cualquier proceso judicial. Inicia con una querrela, también llamada en el derecho romano como *interdicto*, semejable completamente a la demanda. Así lo han afirmado Alessandri y Somarriva: “La demanda en que se interpone una acción posesoria recibe el nombre específico de querrela”.

Esto también se justifica en las formalidades expresas con que debe cumplirse, tales como:

a) El nombre del funcionario a quien se dirige; b) el nombre del querrelante, expresando si lo hace por sí o a nombre de otro, y su estado civil y vecindad; c) la persona o personas contra quienes se dirige la acción y su estado civil y vecindad, si fueren conocidos; d) la finca que ha sido ocupada de hecho, su ubicación y los linderos y las demás señales que sirvan para identificarla claramente; e) la fecha desde la cual fue privado de la tenencia material, o la fecha en que tuvo conocimiento de ese hecho; y f) los títulos en que se apoya para iniciar la acción y los hechos en que funda la queja¹¹⁰.

En lo que respecta a las partes del proceso, en el juicio policivo también participan tres operadores judiciales: (1) el actor o querrelante, (2) el querrelado y (3) el inspector de policía o alcalde. Es así que es un proceso contencioso al igual que los judiciales, donde el querrelante se enfrenta al querrelado ante una autoridad administrativa imparcial con facultades jurisdiccionales, con el fin de que se tramite un “juicio o proceso en que se debate de forma sumaria, precisa y exclusivamente el hecho de la posesión”¹¹¹. Es tan asimilable a un proceso judicial, “[...] hasta el punto de que la providencia que culmina la actuación tiene idéntica naturaleza”¹¹². La asignación especial de facultades jurisdiccionales a autoridades de policía se justifica en el precepto constitucional del artículo 116 inciso 3 que

110 Presidencia de la República, Decreto 992 (21 de junio de 1930). Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923. Bogotá, artículo 2.

111 Alessandri, *op. cit.*, p. 856.

112 Velásquez, Luis G., “Acciones posesorias”. En Velásquez, Luis G., *Bienes: adaptado al Código General del Proceso, al nuevo estatuto de registro, a la ley de garantías mobiliarias y al Código de Extinción del Dominio*. Bogotá: Temis, 13 ed., 2014, pp. 521-522.

consagra: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas"¹¹³.

El hecho de considerar el proceso policivo como un proceso autónomo implica cambiar la concepción clásica de pensar en función de la sentencia como único pronunciamiento que resuelve un conflicto. "Cuando nos preguntemos el para qué de [los proveimientos cautelares], 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 [...]"¹¹⁴. Es en ese sentido, en que el proceso policivo materializa mejor los derechos del hombre en relación con sus bienes (derecho de posesión) y en relación con sus semejantes, miembros de la comunidad (orden y paz social), porque mediante él obtiene una respuesta más rápida y expedita de una autoridad que goza de poderes jurisdiccionales.

En conclusión, la acción policiva para la protección de la posesión o tenencia es tan solo una de las diversas manifestaciones que existen de la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico colombiano, diferente a las medidas cautelares típicas, pues se enmarca dentro de la categoría de proceso urgente como medida autosatisfactiva o como proceso cautelar autónomo.

CONCLUSIONES

Después de estudiar los presupuestos teóricos de la tutela judicial efectiva, de la tutela judicial cautelar, así como los postulados bases y normativos tanto del derecho de policía como de la acción para la protección de la posesión o mera tenencia, deviene importante concluir que la tutela judicial efectiva es el derecho a la jurisdicción, el derecho a acceder a la administración de justicia, el derecho a una solución pronta, de fondo, motivada y eficiente al derecho conculcado. Siendo la tutela cautelar, como especie de ese gran género, uno de los mecanismos procesales necesarios para alcanzarla. Esta última puede tener varias manifestaciones, entre ellas como medida o como proceso autónomo, requiriéndose para su procedencia los presupuestos de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y prestar caución (cuando así lo exija la ley).

La noción de *policía* es un concepto amplio que abarca diferentes alcances como poder, función, actividad e institución. El derecho de policía se convierte entonces en un conjunto de normas nacionales, departamentales

113 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991 (20 de julio de 1991), *Gaceta Constitucional* 116, artículo 116, Bogotá.

114 Cardona, Santiago et al., "Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias". En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 42 (jul.-dic. 2015), Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, ISSN 0123-2479, ISSN electrónico 2346-3473, p. 4.

y municipales que buscan garantizar el orden público por medio de limitaciones a las libertades de los individuos.

La acción policiva es un mecanismo que puede ejercer todo ciudadano que vea perturbado su derecho a la posesión o la tenencia, cuyo trámite se desarrolla ante una autoridad administrativa (su alcalde o su delegado), mediante el procedimiento que el código departamental o municipal respectivo establezcan o vía lanzamiento por ocupación de hecho.

La acción policiva de protección a la posesión o tenencia es una manifestación de la tutela cautelar puesto que: (1) también es un instrumento utilizado para alcanzar la tutela judicial efectiva, que brinda una solución pronta y eficiente al derecho de posesión y a la protección de los bienes que se encuentran perturbados; (2) tienen la misma finalidad, que es prevenir los daños que se causan por el paso del tiempo; (3) son un arreglo provisional de mantenimiento de la situación de hecho, ya que no se discute el derecho de dominio; (4) cumple con los mismos requisitos para su decreto —el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*—, materializados en el examen superficial que se acredita con la prueba sumaria de la fecha en que fue privado de la tenencia o la fecha en que tuvo conocimiento de la ocupación, y en el deber legal de practicar la diligencia dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la queja, los términos procedimentales y de caducidad, así como los recursos procedentes.

La acción policiva para la protección de la posesión o tenencia es tan solo una de las diversas manifestaciones que existen de la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico colombiano, en una forma diversa a las medidas cautelares típicas, pues se enmarca dentro de la categoría de proceso urgente como medida autosatisfactiva o como proceso cautelar autónomo.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas

- Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva. Capítulo XVIII, Las acciones posesorias. En Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva, *Los bienes y los derechos reales*. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1982, p. 856.
- Arazi, Roland. Normas generales. En Arazi, Roland. *Medidas cautelares*, 3.^a ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
- Cardona, Santiago *et al.* Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y sus pares anticipatorias. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 42 (jul.-dic. 2015). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, issn 0123-2479, issn electrónico 2346-3473.
- Carnelutti, Francisco. Título tercero: De la prevención. En Carnelutti, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil: I introducción y función del proceso civil*. Traducido por N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Meleno. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1944.

- Chiovenda, Giuseppe. Serie clásicos del derecho procesal civil, vol. 4., *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducido por E. Gómez Orbaneja, 1.ª ed. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Coronado, Gustavo. Capítulo 2, Lanzamiento por ocupación de hecho. En Coronado, Gustavo. *Derecho de policía aplicado*, 9.ª ed. Bogotá: Temis, 2003, pp. 49-68.
- Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En Consejo de Estado, Sala de Gobierno. *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código: una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Banco de la República, 2012, p. 181. Consultado en http://consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/INST_DEL_DER_ADMIN.pdf.
- Gozzáini, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, Teoría general del derecho procesal. Medidas cautelares. Argentina: La Ley, 2009.
- Lleras, Miguel. *Derecho de policía*. Bogotá: Librería Editorial La Gran Colombia, 1943.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012, pp. 17-49.
- Olivar, L., Universidad Nacional de Colombia y PUI. Comentarios al Código de Policía de Bogotá. Bogotá: Unijus, 2009.
- Ortells, Manuel. Capítulo 36, La tutela judicial cautelar. En Ortells, Manuel. *Derecho procesal civil*, 8.ª ed. España: Aranzadi, 2008, pp. 927-950.
- Peyrano, Jorge W. La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución. En Peyrano, Jorge W. *Medidas autosatisfactivas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Puppio, Vicente J. *Teoría general del proceso*, 7.ª ed. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- Rueda Fonseca, María del Socorro. Primer capítulo, Las medidas cautelares innominadas en la práctica de los juzgados civiles del circuito de Bogotá. En Rueda Fonseca, María del Socorro, coord. *Las medidas cautelares innominadas en el contexto colombiano*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016. (En proceso de publicación).
- Ruiz-Rico, Gerardo y María Carazo. Introducción: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En Ruiz-Rico, Gerardo y María Carazo. *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- Torres Rico, Remberto. *Tratado de derecho de policía*, tomo I. Parte general, 3.ª ed. Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho, 1999.
- Torres Rico, Remberto. *Tratado de derecho de policía*, tomo II. Parte especial, procedimental y práctica, 2.ª ed. Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho, 2004.
- Vásquez Alfaro, Mónica. *La ciencia útil: una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Editorial Uninorte, 2015.
- Vargas, Abraham. La tutela judicial efectiva como derecho constitucional. En Vargas, Abraham. *Ateneo de estudios del proceso civil*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, pp. 116-127.
- Velázquez, Luis. Sección II, Las acciones posesorias. En Velázquez, Luis. *Bienes*, 12 ed. Bogotá: Temis, 2010, pp. 520-533.

Velásquez, Luis G. Acciones posesorias. En Velásquez, Luis G. *Bienes: adaptado al Código General del Proceso, al nuevo estatuto de registro, a la ley de garantías mobiliarias y al Código de Extinción del Dominio*, 13 ed. Bogotá: Temis, 2014, pp. 521-522.

Referencias normativas

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991 (20 de julio de 1991). *Gaceta Constitucional* 116, Bogotá.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Ley 57 (29 de abril de 1905). Por medio de la cual se dictan reformas judiciales. Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Ley 992 (21 de junio de 1930). Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923. *Diario Oficial*, 1930, Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 16 (28 de marzo de 1968). Por la cual se restablecen los Juzgados de Circuito, se dictan normas sobre competencia en materia penal, civil y laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 32 467, 1968, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 1355 (4 de agosto de 1970). Por el cual se dictan normas sobre Policía, 1970, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 2055 (29 de octubre de 1970). Por el cual se adiciona y se modifican algunas disposiciones del Decreto 1355 de 1970, 1970, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 1400 (6 de agosto de 1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial* 33 150 (21 de septiembre de 1970) 1970, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 522 (27 de marzo de 1971). Sobre contravenciones especiales, competencia y procedimiento, 1971, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 153 (15 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. *Diario Oficial* 7151 y 7152 (28 de agosto de 1887), 1887, Bogotá.

Colombia. Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 (15 de abril de 1887). Código Civil, 1887, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 2150 (5 de diciembre de 1995). Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. *Diario Oficial* 42 137, 1995, Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 (18 de enero del 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* 47 956 (18 de enero del 2011), 2011, Bogotá.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 19 (10 de enero del 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. *Diario Oficial* 48 308 (10 de enero del 2012), 2012, Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de julio del 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 48 489 (12 de julio del 2012), 2012, Bogotá.

Referencias jurisprudenciales

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de tutela de 28 de mayo del 2012, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Rafael Vicente Ricaurte Tesillo.

Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T- 194 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-1104 del 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-483 del 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-560 del 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-201 del 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-241 del 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-267 del 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-198 del 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chalbu.

Corte Constitucional. Sentencia SU-198 de 12013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Otros

Rueda Fonseca, María del Socorro, coord. Proyecto de investigación las medidas cautelares innominadas en los jueces del circuito de Bogotá. En Material de la clase Argumentación en Procesos Civiles 2014-2, Bogotá, 2014.

**EFICACIA DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN EL
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
SU RELACIÓN CON LA
ACCIÓN DE TUTELA: ¿HACIA
UN JUEZ DE TUTELA
ESPECIALIZADO?***

Gustavo Quintero Navas**

* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.18>

** Doctor en Derecho Público de la Université de Nantes (Francia). Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado consultor y litigante en derecho administrativo. Quisiera agradecer a los abogados Nancy Apraez Toro y Julián Suárez Bohórquez, por sus valiosos aportes a la elaboración del presente escrito.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende hacer un análisis crítico de las medidas cautelares contempladas en la Ley 1437 del 2011 y su relación con el campo de la acción de tutela. Esto resulta conveniente, toda vez que con la nueva regulación se consagraron mecanismos que otorgan una protección amplia a los ciudadanos en los asuntos administrativos y que, por tanto, harían innecesario en la mayoría de los casos, acudir a la tutela.

Para lograr el propósito planteado, se procederá en primer lugar a estudiar las características propias y cambios presentados entre las medidas cautelares contempladas en el CPACA, y las existentes en el régimen anterior. Realizada esa distinción, se estudiarán las características definitorias de la acción de tutela como medida cautelar, para estudiar después el cambio que generó la inserción de las medidas cautelares en la relación del juez administrativo y el juez de tutela.

Por último, se hace referencia a algunos aspectos que deben resaltarse del procedimiento de las medidas cautelares; particularmente, se pondrán algunas observaciones al recurso de apelación y las restricciones para su operatividad. Así mismo, se estudiarán las características de las medidas cautelares de urgencia y se finalizará con un breve análisis sobre las modificaciones que introdujo el nuevo régimen de cautelas en las acciones populares.

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTEMPLADAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE TUTELA

En esta primera parte se analizará la relación existente entre las medidas cautelares contempladas en el CPACA y la acción de tutela, como mecanismos judiciales eficaces de control. Para ello se examinarán en dos acápites: las características principales de las medidas cautelares en el proceso contencioso –administrativo y en la acción de tutela (A), y la relación entre el juez administrativo y el juez de tutela (B).

Medidas cautelares del CPACA y acción de tutela

La estructura de las medidas cautelares cambió en sede contencioso administrativa con ocasión de la expedición de la Ley 1437 del 2011 (1), lo que ocasionó el cambio de las características de la acción de tutela como mecanismo de protección cautelar (2).

Las medidas cautelares en el CPACA y en el CCA

La Ley 1437 del 2011 consagró un capítulo especial para regular las medidas cautelares en la sede contencioso –administrativa, apartándose de la regulación contenida para estas medidas en el Decreto 01 de 1984. A continuación se presentan los principales cambios realizados en el nuevo régimen.

En el anterior código, el régimen de medidas cautelares en sede contencioso administrativa era limitado, pues solo estaba consagrada la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos y, por tanto, esta era únicamente aplicable a las acciones de simple nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, para que estas medidas se concedieran se exigían requisitos que hacían que en la práctica no fuesen realmente útiles como mecanismos efectivos de protección inmediata de derechos. El nuevo ordenamiento permite decretar las medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de garantizar, de manera provisional, el objeto del proceso, siendo estas de carácter preventivo, conservativo, anticipativo y suspensivo.

Para que se pudiese decretar la medida cautelar en el antiguo régimen “la infracción tenía que aflorar al campo jurídico sin necesidad de ningún tipo de reflexión”¹, puesto que se exigía que la vulneración de las normas invocadas resultara *prima facie* de la comparación de estas, con el acto administrativo demandado. El solicitante debía demostrar una flagrante

1 Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

contradicción y, por ello, el juez no podía realizar estudios de fondo, dado que se consideraba que el juez incurría en prejuzgamiento².

Ahora bien, con la Ley 1437 del 2011, para conceder una medida cautelar como la suspensión provisional, se prescindió de la existencia de una “manifiesta infracción”, y se interpretó

que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud³.

A juicio del Consejo de Estado, esto es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no solo según el tenor literal de los motivos y resoluciones del acto enjuiciado y su contradicción evidente con las normas superiores en que debe fundarse. Este análisis incluye la apreciación de las pruebas aportadas para el efecto. Todo, lógicamente, sin incurrir, en principio, en una valoración de fondo, propia de la fase de juzgamiento, ya que conforme lo estatuido por el artículo 229 del CPACA, en su inciso 2 “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

Con la nueva regulación no se requiere demostrar que la vulneración a una norma sea directa y palmaria como lo exigía el artículo 152 del cca, debido a que el artículo 231 de la Ley 1437 señala que la medida cautelar se concederá cuando “surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. En ese sentido, si el juez encuentra probada la violación de la ley podrá hacer efectiva la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin que sea necesario esperar hasta la finalización del proceso⁴.

En segundo lugar, se observa que con base en el Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo solo se podía solicitar con la demanda o en escrito separado a ella, pero siempre antes de su admisión. Esta situación se constituía en una fuerte restricción, toda vez que si aparecía una situación sobreviniente

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Sentencia de veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación: 110010324000201300534 00. Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba. Demandado: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 29 de agosto del 2013. Radicado 11001-03-25-000-2012-00491-00 (1973-12). Actor: Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República-Ascontrol. Demandado: la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Departamento Administrativo de la Función Pública.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, 24 de enero del 2014. Radicado 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694). Actor: Margarita Ricaurte de Bejarano y otro. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

a la presentación de la demanda, que ameritara el decreto de una medida cautelar, ya no se estaba en la oportunidad legal para solicitarla. Por tanto, era menester acudir a la acción de tutela, pues de lo contrario, el demandante quedaba totalmente desprotegido durante el trámite del proceso⁵.

Ahora bien, con la Ley 1437 del 2011, esta situación cambió sustancialmente. De conformidad con el artículo 229 y 233 de esa norma, las medidas cautelares pueden ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en “cualquier estado del proceso”. Esto ofrece la posibilidad de que la petición pueda elevarse, incluso dentro de la segunda instancia del proceso, y para el Consejo de Estado, esto se constituye en una herramienta que permite la efectividad de los derechos⁶.

En tercer lugar, en la nueva regulación el legislador prefirió la laxitud en la solicitud de medidas cautelares, entendiendo que las dinámicas actuales del derecho exigen múltiples tipos de medidas mediante las que se pueda proteger los derechos que eventualmente resulten afectados. Así mismo, se entendió que se requiere que de conformidad con los artículos 233, 234 y 235 de la Ley 1437 del 2011, el trámite de medidas cautelares sea expedito por lo que la determinación acerca de la procedencia, el decreto, el levantamiento, etc., de una medida cautelar deberá ser proferida por el magistrado ponente —no por la Sala— cuando la competencia para ello radique en una corporación, como ocurre con los tribunales administrativos o el Consejo de Estado⁷.

En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 233 del CPACA, ahora el juez tiene la obligación de darle traslado al demandado de la solicitud de la medida cautelar para que este se pronuncie sobre ella, antes de adoptar decisión sobre el caso, con la excepción realizada en las medidas cautelares de urgencia. En virtud de este traslado se garantizan los principios de igualdad de las partes y el debido proceso, en especial, el derecho de contradicción y defensa, lo que permite que la autoridad judicial cuente con elementos adicionales para adoptar una decisión adecuada.

En quinto lugar, cambió el efecto en el que se conceden los recursos interpuestos en lo referente a las medidas cautelares. En el antiguo código se concedían en el efecto suspensivo. Ahora, de acuerdo con el artículo 236 del CPACA, la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de

5 *Ibidem*.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 29 de agosto del 2013, Radicado 11001-03-25-000-2012-00491-00 (1973-12). Actor: Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República-Ascontrol. Demandado: la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Departamento Administrativo de la Función Pública.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D. C., Sentencia de catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014). Proceso: 110010326000201400035 00 (50.222). Actor: Martín Bermúdez Muñoz. Demandado: Nación-Presidencia de la República-Departamento Nacional de Planeación.

apelación o súplica, según el caso, y de concederse sería en el efecto devolutivo. De acuerdo con el artículo 323 del Código General del Proceso, ello significa que no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso, atendiendo al objetivo de buscar la protección efectiva de los derechos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-284 del 2014, al respecto indicó que ambos recursos se conceden en el efecto devolutivo y por tanto no se suspende la ejecución del acto, ni se enerva la competencia del juez que lo expidió. Así lo señaló:

En consecuencia, la medida puede seguir produciendo sus efectos, sin que esto implique tampoco la interrupción o entorpecimiento de la marcha del proceso. Debe decirse, además, que la previsión de recursos busca garantizar el derecho de defensa de la parte accionada en los procesos indicados, no sólo porque es un derecho fundamental de toda persona (C. P., art. 29), incluidas las personas jurídicas de derecho público, sino además porque es importante propiciar oportunidades de contradicción que ofrezcan al juez pluralidad de puntos de vista, lo cual contribuye a evitar errores en la decisión judicial. Es preciso señalar que, en la Ley 472 de 1998, también se prevén recursos (de reposición y apelación) contra los actos que decreten medidas cautelares, y ambos se conceden también en el efecto devolutivo⁸.

En suma, en el nuevo régimen se amplía el espectro de aplicación para las controversias desarrolladas en asuntos contencioso administrativos. Así mismo, se entiende que las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los que el ordenamiento jurídico pretende, de manera provisional, y mientras dura un proceso, proteger la integridad de un derecho que es controvertido⁹. Este tipo de medidas tienen como característica definitoria la instrumentalidad, toda vez que están destinadas al aseguramiento de la sentencia. Igualmente son provisionales, pues terminan cuando se pone fin al proceso principal y, de igual forma, si cambian las circunstancias que llevaron a su adopción, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevinientes. De allí que otra característica importante es su revocabilidad en cualquier estado del proceso. Por último, cabe resaltar la autonomía e independencia de estas medidas frente al proceso ordinario.

La acción de tutela como medida cautelar

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 introdujo la figura de la tutela. De conformidad con el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, cualquier persona puede interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando

8 Corte Constitucional, Sentencia C- 284 del 2014, M. P. María Victoria Calle.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

estos hayan sido vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

El decreto en mención señala que la acción de tutela tendrá un procedimiento preferente y sumario. El artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 indica que el fallo de tutela se debe proferir dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. El mismo decreto consagra que los plazos son perentorios e improrrogables¹⁰ y que las notificaciones se deben realizar por medio expedito y eficaz¹¹, que la notificación es una obligación de medio y no de resultado, pues de no lograrse notificar de igual forma habría fallo en el término señalado, debido a que lo perseguido es la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el decreto indica que la tutela no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales, es decir, es un mecanismo transitorio, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. El artículo 7 señala que desde la presentación de la solicitud, el juez puede de oficio o a petición de parte adoptar medidas de conservación o seguridad encaminadas para la protección de los derechos, o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, y que este puede hacer cesar en cualquier momento las medidas cautelares que hubiere dictado.

La Corte Constitucional ha definido la *acción de tutela* como un mecanismo de origen constitucional, de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazadas o conculcadas, u otros derechos que tengan relación directa con los derechos fundamentales. Este mecanismo constitucional de carácter residual solo procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para que un derecho sea protegido mediante la acción de tutela es necesario que "(i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales"¹².

Para la doctrina, la finalidad de la acción de tutela es proteger los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados,

10 Artículo 15, Decreto 2591 de 1991.

11 Artículo 16, Decreto 2591 de 1991.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-132 del 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-244 del 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-343 del 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[...] si hay mera amenaza, la tutela adquiere un carácter preventivo, y si existe vulneración consumada, la tutela adquiere un talante restitutorio, para volver las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible. Es por eso que se puede concluir que la tutela tiene una naturaleza jurídica mixta: preventiva y restitutoria. Nunca indemnizatoria¹³.

Jurisprudencialmente, se ha establecido que el juez constitucional frente a las acciones de tutela encaminadas a atacar actos administrativos debe examinar la eficacia e idoneidad del otro medio de defensa judicial, es decir, se debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido el accionante y la posibilidad de que los medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza:

Se ha determinado que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones pertinentes en la jurisdicción contenciosa administrativa[6], en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Solamente en los casos en que exista un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁴.

Se observa que la acción de tutela tiene un carácter de medida cautelar efectiva para la protección de derechos fundamentales, no sucediendo lo mismo cuando se pretende que cesen los efectos de los actos administrativos, pues en ese caso existen las medidas cautelares propias de ese campo, que solo podían ser reemplazadas cuando se presente un perjuicio irremediable. Esto funcionaba así antes de la expedición del nuevo régimen de medidas cautelares. Teniendo en cuenta que ahora el espectro es más amplio en sede contencioso-administrativa se procede a estudiar el cambio de esa relación.

Las medidas cautelares decretadas por el juez de tutela y por el juez administrativo en el control de los actos administrativos

En este acápite se revisará el actual estado legal, jurisprudencial y doctrinal que permite determinar las modificaciones conceptuales de las nuevas medidas cautelares, puntalmente la prevalencia de las medidas contenidas en la Ley 1437 del 2011, ante la acción de tutela (1) y correlativamente, su aplicación excepcional de los jueces de tutela cuando se trata de realizar control de los actos administrativos (2).

13 Correa Henao, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción de tutela*, 3.^a ed. Bogotá: Ibáñez, 2009, p. 38.

14 Corte Constitucional, Sentencia T- 244 del 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Prevalencia de las medidas cautelares especiales de la Ley 1437 del 2011 frente a la acción de tutela

Se ha considerado que las medidas cautelares del CPACA resultan superiores a las que tradicionalmente empleaba un juez cuando actuaba como juez constitucional en sede de tutela o de acción popular. De conformidad con lo anterior, el nuevo régimen, por sus características especiales, impide que por motivos de competencia, en los asuntos contencioso administrativos, se acuda al juez constitucional. Esto de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que admite que una de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad, para salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales¹⁵.

Las medidas cautelares en lo contencioso administrativo derivan de la búsqueda de tutela judicial efectiva y se presentan como límite a la ejecutividad administrativa. En ese orden de ideas, ya no son medidas extraordinarias, sino que se convierten en instrumento de la tutela judicial ordinaria. Es decir, este tipo de medidas actúan como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y para que, cuando llegue su ejecución, esta no resulte tardía¹⁶.

En el anterior régimen no se protegía adecuadamente el objeto del proceso, pues estas medidas no se encontraban dirigidas a todas las acciones; por el contrario, tenían una aplicación excepcional. Ante este panorama, surgió la Ley 1437 del 2011 ampliando sustancialmente su alcance, con un innegable ámbito preventivo, autorizando al fallador a emplear cualquiera de las modalidades, precisamente para evitar un perjuicio irremediable.

Recordemos que en un Seminario Internacional de Presentación de la Ley 1437 del 2011 se señaló por parte de la exconsejera de Estado, doctora Ruth Stella Correa Palacio, que lo que se pretendía era la búsqueda de la tutela judicial efectiva en aras de obtener la protección de derechos fundamentales o colectivos, y la prevalencia de los derechos en procesos de revisión de legalidad o de reconocimiento de derechos subjetivos “[...] de manera autónoma, independiente e imparcial del proceso ordinario y dentro de un plazo razonable”¹⁷.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-145 del 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

16 Rodríguez Arana, Jaime, Las medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España. Intervención en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Monterrey del 27 al 30 de abril del 2005. Consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1624/14.pdf>, el 7 de abril del 2015.

17 Correa Palacio, Ruth Stella, Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo. En Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 del 2011, Consejo de Estado, pp. 79, 99-100.

Por su parte, la Corte Constitucional señaló que se busca: “[...] asegurar una decisión administrativa futura, mientras se adelante y concluya la actuación respectiva”¹⁸. Es decir, con estas medidas se logra asegurar el cumplimiento de la sentencia que posteriormente se dictará, entendiéndolas como mecanismos de protección de los derechos y no como una sanción contra quien se promueven¹⁹. Todo esto para lograr la finalidad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establecida en el artículo 103 del CPACA, que a saber es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico.

En ese sentido, llama especialmente la atención el contenido de los numerales 4 y 5 del artículo 230 del CPACA, porque se faculta al juez para ordenar a las entidades la adopción de una decisión administrativa e impartir órdenes de hacer o no hacer a cualquiera de las partes del proceso. Ello puede materializarse mediante la adopción de medidas preventivas, anticipativas, conservativas o de suspensión, de conformidad con lo previsto en la misma norma.

El Consejo de Estado ha manifestado, respecto de las medidas cautelares de suspensión²⁰ que incluye tanto la de los actos administrativos como la de los procedimientos administrativos, incluso los de carácter contractual, y esto es absolutamente innovador²¹.

Por su parte, frente a las medidas preventivas, se ha dicho que estas procuran evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte que solicita la medida; por ejemplo, puede ordenarse la demolición o realización de una obra, a fin de evitar un daño o la agravación de sus efectos²². Con respecto a las medidas conservativas se considera que estas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia; dicho de otro modo, se busca amparar un *statu quo*, impidiendo que se modifique una situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá el fallo, por ejemplo, se ordena detener la demolición de un edificio porque tiene un valor histórico, cultural o arquitectónico²³.

Frente a las medidas anticipativas, la Sección Cuarta del Máximo Tribunal de lo Contencioso ha entendido que “las medidas anticipativas,

18 Corte Constitucional, Sentencia C-485 del 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-523 del 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

19 Tribunal Administrativo del Cauca, Sentencia de seis (06) de mayo de dos mil trece (2013), M. P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz. Expediente 19001233300220130020300. Actor: James Hernando Correa Clavijo. Demandado: Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 21 de mayo del 2014, Rad.: 110010324000201300534 00. Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba. Demandado: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

21 Garzón Martínez, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito- Sistema oral. Debates procesales, Ley 1437 de enero 18 del 2011*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014, p. 778.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante”²⁴. Juan Carlos Garzón Martínez se encuentra de acuerdo con la posición del Consejo de Estado y sostiene que con “las medidas anticipativas se quiere que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante”. Por su parte, Arboleda Perdomo ha entendido que “este tipo de medidas le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal en forma cautelar antes de la sentencia de fondo”²⁵. Existe otra posible interpretación y es que la medida se anticipe al daño que se pretende evitar. En efecto, las medidas cautelares por excelencia buscan impedir efectos negativos de actos que no se ajusten a derecho. Lo cierto es que una u otra definición se ajustan al sentido común de la palabra *anticipar*, esto es, “hacer que algo suceda antes del tiempo señalado o esperable, o antes que otra cosa”²⁶.

Con todo lo visto, se puede concluir que atendiendo a la nueva regulación, ya no es necesario acudir a la tutela, porque estas medidas se constituyen, ahora, como mecanismos idóneos para el amparo de las pretensiones invocadas²⁷. Así mismo, se podría concluir que la nueva legislación modifica de manera disimulada la competencia para la protección de muchos derechos fundamentales, dejándola, ahora en el juez de fondo, el juez administrativo. Quizá para bien o para mal; solo el tiempo lo dirá a partir de las decisiones adoptadas.

La tutela como medida cautelar excepcional en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Según se ha visto a lo largo de este escrito, el CPACA cuenta con una variedad de medidas cautelares cuya concesión no se limita a la vulneración de derechos fundamentales, sino a cualquier tipo de derechos²⁸. En ese orden de ideas, el Consejo de Estado ha considerado que no es procedente la acción de tutela para controvertir resoluciones administrativas. Esto, toda vez que, con la finalidad de salvaguardar la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, y en aras de conservar el respeto de los mecanismos especialmente diseñados por el legislador para resolver determinadas controversias, no resultaba desproporcionado exigirle a la sociedad accionante, en ese caso concreto, que en los términos y condiciones legalmente establecidos, acudiera al medio de control de nulidad

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 21 de mayo del 2014, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. I 10010324000201300534 00.

25 Arboleda Perdomo, Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá: Legis, 2012, p. 189.

26 Real Academia Española, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=anticipar>.

27 *Ibidem*.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

y restablecimiento del derecho y a las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 del 2011. Lo anterior, en el caso concreto, dado que este mecanismo resulta eficaz para garantizar los derechos invocados.

Al respecto, el Alto Tribunal indicó que las medidas cautelares de la Ley 1437 del 2011 resultan idóneas para lograr el propósito señalado por la parte actora, debido a que es posible que se adopten decisiones oportunas y eficaces mientras se resuelve el caso de fondo. Indicó que la Ley 1437 del 2011 en el artículo 234, consagró la posibilidad de solicitar las medidas cautelares pertinentes con carácter urgente, con un trámite más rápido, incluso que el de la acción de tutela en tanto no requiere traslado a la parte demandada²⁹.

En una situación similar, el mismo Consejo de Estado señaló que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para suspender unos actos administrativos, debido a que estos son susceptibles de ser atacados y enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta acción permite la solicitud de la suspensión provisional de los efectos del acto que se considera lesiona el ordenamiento superior. Consideró el Alto Tribunal que ese mecanismo cautelar es

[...] apto e idóneo para la protección de los derechos fundamentales, y además es expedito, toda vez que la medida de suspensión provisional debe ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo luego del auto admisorio de la demanda.

Por tal razón concluyó que la acción de tutela no es el mecanismo indicado para ventilar este tipo de pretensiones, porque esta se caracteriza por ser un mecanismo residual y excepcional³⁰.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo del Cauca negó una tutela que pretendía que se ordenara el reintegro de un miembro del Ejército Nacional que había sido suspendido temporalmente por concepto de la Junta Médica Laboral, porque el accionante contaba con la posibilidad de hacer esta misma solicitud, en sede contencioso administrativa, en aplicación del CPACA. Así lo estableció:

Estas medidas buscan igualar los poderes del juez de lo contencioso administrativo con el juez de tutela, con el fin de que en los procesos declarativos que se tramitan ante esta jurisdicción se puedan adoptar las mismas

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), Expediente: 25000-23-42-000-2014-02275-01, Referencia: 02275-01, Actor: Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, Sentencia de seis (06) de noviembre de dos mil catorce (2014), Radicación: 17001-23-33-000-2014-00295-01 (Ac). Actor: Teresita de Jesús Pérez Patiño. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Medellín

medidas, o incluso más y distintas de aquellas que en la actualidad solamente pueden ser decretadas en sede de tutela³¹.

En un caso similar, el mismo tribunal manifestó que las medidas cautelares previstas en el CPACA surgen como una medida eficaz e idónea para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia dentro de los procesos declarativos que se tramitan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Razón por la que el proceso contencioso administrativo, en su sentir, está dotado de todas las garantías para efectivizar los derechos vulnerados, lo que corrobora la subsidiariedad de la tutela, por lo menos, en ese caso en concreto³².

A su vez, la Corte Constitucional ha sostenido que no es procedente la acción de tutela cuando no se cumple con el requisito de procedibilidad relativo a la subsidiariedad. Según el Alto Tribunal, en primer lugar, la jurisdicción competente para conocer y controvertir las actuaciones de una entidad pública es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y en segundo lugar, que esta jurisdicción cuenta con los recursos o medios de defensa eficaces e idóneos para conocer de los actos administrativos³³.

En suma, con el nuevo régimen de medidas cautelares consagrado en la Ley 1437 del 2011, por un lado, se disminuiría la congestión judicial generada por el desborde de asuntos que se manejan en sede de tutela. Y, por otro lado, le da preponderancia al juez administrativo sobre el juez constitucional en asuntos que son de su competencia, permitiendo que sea el juez experto quien evalúe la pertinencia de determinadas medidas ante situaciones específicas propias del caso concreto, dado que es el juez que conoce del proceso principal quien ha de decidir sobre estas. Falta verificar si esto se traduce en una mejor justicia.

31 Tribunal Administrativo del Cauca, Sentencia de 27 de noviembre del 2012, M. P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz, Rad.: 19001233300220120063800. Actor: Lidyer Fernando Tulande Gutiérrez. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

32 Tribunal Administrativo del Cauca, Sentencia de seis (06) de mayo de dos mil trece (2013), M. P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz, Expediente: 19001233300220130020300, Accionante: James Hernando Correa Clavijo, Demandado: Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-889 del 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

ASPECTOS RELEVANTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CPACA Y SU PROCEDIMIENTO

En adelante, se revisarán aspectos puntuales del procedimiento de las medidas cautelares, bajo el entendido de que se trata de una serie de fórmulas aplicables a todos los procedimientos contenciosos y que resultan de gran importancia en la materia; así, se verá el recurso de apelación en el procedimiento general de las medidas cautelares (A), las medidas cautelares de urgencia (B) y medidas cautelares en el proceso de protección de derechos e intereses colectivos (C).

El recurso de apelación en el procedimiento general de las medidas cautelares

En el numeral 2 del artículo 243 del CPACA se indica que son apelables los autos que decreten medidas cautelares. Es claro que el recurso procede cuando se concede la medida, pero existe duda acerca de si el auto que la niega es susceptible de apelación. Bajo una interpretación gramatical cabría el aludido recurso, pues *decretar*, según el *Diccionario de la lengua española*, en una de sus acepciones, significa “dicho de la persona que tiene autoridad o facultades para ello: resolver, decidir”, es decir que procedería la apelación contra todos los autos en los que el juez se pronuncie acerca de la medida cautelar, incluyéndose allí el auto que la concede y el que la niega. Además, una interpretación contraria afectaría la igualdad procesal.

Ahora bien, la interpretación en el sentido de que el recurso de apelación solo procede cuando se conceden las medidas cautelares, violenta el principio de igualdad de armas de las partes dentro del proceso contencioso administrativo. La razón de ser de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es de control judicial de los actos administrativos en los que la administración pública despliega su *potestas*, los poderes inherentes al Estado y señala conductas, ejerce coerción y expide decisiones vinculantes unilaterales, que afectan la situación particular de los asociados. A este escenario judicial acuden el actor y la entidad pública demandada en igualdad de oportunidades y defensas procesales. Porque solo en los estrados el pequeño ciudadano puede enfrentarse a la poderosa administración con la garantía de que el juez contencioso administrativo, en tanto autónomo e independiente, pueda hacer valer las garantías previstas tanto en el CPACA, como en el Código de Procedimiento Civil; todo, en un escenario de imparcialidad.

Sostener lo contrario sería admitir que el proceso contencioso administrativo está legalmente diseñado para reproducir la prerrogativa de poder público de la administración, que podría contener decisiones enmarcadas

en la desigualdad, justificadas, en virtud del incuestionable principio del interés general. Y, así, la finalidad del control judicial de las actuaciones de la administración carecería de sentido: el juez contencioso administrativo sería un refrendador, que simplemente corroboraría lo que ya se ha afirmado como motivación de tales actuaciones, al igual que sus efectos sobre las situaciones particulares, sin que pudiese desempeñar un papel garantista avocado tanto a la protección del interés general como de los derechos e intereses de los ciudadanos. En consecuencia, aceptar que únicamente es posible del recurso de apelación el auto que decreta las medidas cautelares, porque allí *decretar* significa resolverlo favorablemente para el actor, lo que implicaría sostener que la ley procesal contencioso administrativa debe interpretarse, ante cualquier duda, no manteniendo la igualdad de armas, sino propugnando por la supremacía de las defensas procesales de la administración pública por encima de la de los demandantes afectados con sus determinaciones.

En esa línea tampoco podría aducirse que porque la ley procesal se refiera, algunas veces a la expresión *decretar* las medidas cautelares, y en otras a *negarlas*, quiere ello significar que el primer enunciado envuelva siempre una decisión de contenido favorable, por oposición al otro, de claro contenido desfavorable. Lo que verdaderamente ha querido señalar aquí el legislador es, de forma expresa, cuáles son los medios de impugnación que proceden contra las decisiones de contenido desfavorable que tienen una especial trascendencia en los procesos, dentro de su libertad de configuración normativa. En esos eventos, se establecen tales provisiones manifiestas con motivo en un marcado interés de maximizar la eficacia de tal o cual garantía procedimental, que podría verse afectada si los medios de impugnación en contra de las determinaciones que los resuelven desfavorablemente no se consagran como explícitos en el ordenamiento jurídico en concreto.

En suma, en una interpretación sistémica no se puede afirmar que el artículo 243 del CPACA establece que contra el auto que deniegue una solicitud de medidas cautelares no procede recurso alguno. La correcta interpretación de la disposición debe pasar por entender que no procede recurso alguno contra el auto que haya resuelto sobre una nueva solicitud de medidas cautelares, por hechos sobrevinientes; pero jamás sobre la que decida la primera solicitud que se formule, respecto de la que sí debiera proceder la apelación.

Ahora bien, en la práctica se observa que el Consejo de Estado ha dado una interpretación restrictiva a esta norma. El Alto Tribunal planteó como problema jurídico, en una impugnación de un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto negando la solicitud de

suspensión provisional, lo siguiente: “si solo es apelable la decisión que accede a una solicitud de medida cautelar”, y respondió lo siguiente:

[...] tanto el Legislador como la Jurisprudencia han entendido que la expresión “decretar” se refiere únicamente a aquella providencia que accede a la solicitud de medida cautelar, y que si ello es así, no procede la apelación del auto que la niega [...]”³⁴.

A su juicio, el espíritu de la norma circunscribe la procedencia del recurso de apelación a la decisión que accede a la medida cautelar que se haya solicitado en el proceso en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 243 del CPACA.

En ese sentido, se observa que existe una desventaja en relación con la tutela, dado que en este procedimiento sí hay una segunda instancia. El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 indica que “Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato”, y el artículo 32 del mismo decreto consagra que cuando se presente la impugnación, el juez debe remitir “el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”. Es decir, en la acción de tutela, independientemente de si el fallo accede o niega las pretensiones, se puede interponer el recurso de apelación.

En contraposición, en las medidas cautelares de lo contencioso administrativo, se observa que contra el auto que niega las medidas cautelares procede solamente el recurso de reposición, que es resuelto por el mismo magistrado. En ese orden de ideas se podría afirmar que siendo el objeto de las medidas cautelares la protección efectiva de los derechos, buscando evitar perjuicios al ciudadano, si no se permite la apelación contra el auto que niega la medida hay fracaso en relación con todas las medidas cautelares, porque no hay nadie que controle esta decisión.

Medidas cautelares de urgencia

De conformidad con el artículo 234 del CPACA, las medidas cautelares de urgencia pueden concederse por el juez o magistrado ponente desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte. El juez verificará que se hallen “[...] cumplidos los requisitos para su adopción”; esto es, se debe acreditar que se cumple con los requisitos impuestos en el artículo 231 de la misma normativa.

Adicional al cumplimiento de los requisitos mencionados, para que se decrete una medida cautelar de urgencia se requiere que “[...] se evidencie

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, doce (12) de junio de dos mil quince (2015), C. P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 2014-00287-01.

que por su urgencia”, no es posible seguir el trámite señalado para la adopción de las medidas cautelares estipulado en el artículo 233 del CPACA, es decir que no se corre traslado de la solicitud al demandado para que se pronuncie sobre esta.

Ahora bien, la apreciación de urgencia, requiere de una “[...] valoración específica de la inaplazable urgencia de la medida, que a su ponderado criterio justifique la omisión del traslado a la otra parte”³⁵. Si no se logra tener por acreditada esa urgencia, entonces el juez debe disponer que se surta el trámite previsto en el artículo 233 del CPACA, y de esa forma garantizar el derecho al debido proceso de las partes, lo que le permite contar con más elementos de juicio en el momento de decidirla³⁶.

Con este tipo de medidas es posible suspender un procedimiento o actuación administrativa en curso, inclusive de carácter contractual y, por tal razón, no puede exigirse que se interponga demanda al tiempo que se interponga la medida cautelar. Esto es así, por cuanto la norma indica que deberán tener *relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda*. Según se ve, esta exigencia opera en dos sentidos, sin que ello signifique que las tutelas cautelativas siempre deban pedirse con la demanda; tanto para las medidas cautelares que se solicitan ya habiéndose presentado la demanda —aun si no se ha resuelto sobre su admisión y si no se ha agotado el correspondiente requisito de procedibilidad—, como para aquellas que, de forma extraprocesal, se interponen por motivos de urgencia antes de toda conciliación extrajudicial y demanda. Aquí lo que se quiere es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso, que solo emergerá cuando exista acto definitivo que culmine dicho procedimiento o actuación administrativa y se demande su eventual nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

Tiene todo el sentido la existencia de este tipo de medidas para evitar que la duración del proceso pueda tornar ineficaz un eventual fallo a favor de las pretensiones de la demanda³⁷. Tal es el caso del alcalde Gustavo Petro Urrego, quién instauró ante el Consejo de Estado demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, y solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los actos administrativos, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante la

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, diez (10) de abril de dos mil catorce (2014), C. P. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, Expediente 1131-2014. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación.

36 *Ibidem*.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014), C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Bogotá, Radicación 110010324000201300534, Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba, Demandado: Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

que se declaró responsable disciplinariamente y se le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince años.

A juicio del Consejo de Estado, el perjuicio causado y por tanto la pertinencia de la medida cautelar de urgencia, se debían al hecho de que el destinatario de la sanción disciplinaria era un servidor elegido popularmente, quien con ocasión de la destitución e inhabilidad general fue separado de su cargo lo que imposibilitaba que ejerciera el mandato y culminara el periodo para el que fue elegido. Este hecho comportaría, por sí mismo, la demostración del daño que se requería como presupuesto para la procedencia de la medida, mientras se decidía de fondo sobre la legalidad de los actos administrativos cuestionados³⁸.

En este punto es importante señalar que las medidas cautelares de urgencia se consideran medidas cautelares extraprocesales. La normativa actual acepta la procedencia de medidas cautelares extraprocesales o autónomas, es decir, aquellas que se toman por fuera del proceso, pero que pueden ser preparatorias del mismo, como instrumento de alguna futura pretensión. Según lo explica el doctor Villamil Portilla:

Tratemos entonces primero el principio de subordinación de las medidas cautelares, según el cual toda medida cautelar es accesoria a un proceso: no hay cautela sin proceso, toda cautela anticipa la satisfacción de una pretensión o prepara el camino para que así sea. Pero el principio según el cual toda cautela es apéndice de un proceso al que accede hace pausa en ciertos momentos, de modo que casos hay en los que la cautela vive por sí y sin necesidad de que haya un proceso, sea presente o futuro³⁹.

En este sentido, es importante señalar que si bien el CPACA regula las medidas cautelares, no lo hace integralmente, ya que según lo dispuesto en su artículo 306⁴⁰, se debe acudir a las normas del Código General del Proceso⁴¹, siendo claro que en esta normativa se encuentra de manera expresa la procedencia de la solicitud y práctica de medidas cautelares extraprocesales. En efecto, el artículo 590 parágrafo 1 dispone que "*En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad*

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, trece (13) de mayo de dos mil catorce (2014), C. P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14), Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

39 Villamil Portilla, Edgardo, Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso. En xxxiii Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2013, p. 189.

40 "En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

41 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Rad.: 05001-23-31-000-2011-00462-01(44544), Auto de 15 de mayo del 2014, C. P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000-23-36-000-20123-00395-01 (11) (49299), Auto de 25 de junio del 2014, C. P. Enrique Gil Botero.

de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad” (el énfasis es mío).

Por eso, se han identificado por la doctrina en comentario dos clases de medidas cautelares en el Código General del Proceso: aquellas que se denominan *extraprocesales* o *autónomas*, llamadas bajo ciertas condiciones a perdurar más de los 20 días y en donde el proceso esperado es contingente. Esto quiere decir que el proceso que se vislumbra puede aparecer o no, sin que sea menester que dicho juicio sea inexorablemente propuesto. Si se instaura la demanda, las medidas cautelares pasan a depender de la suerte del proceso —es decir, pierden la autonomía—, y si el proceso no se promueve, las medidas cambian su naturaleza, pasan a ser definitivas. Sin embargo, en este caso, quien debe proponer el proceso no es el mismo sujeto que las pidió desde el inicio. De contera, las medidas cautelares *anticipadas* son aquellas en las que la demanda debe ser propuesta por el propio peticionario de las medidas en el aludido término de 20 días; es decir, la parte interesada propone en dos momentos distintos lo que podría hacer en uno solo: las medidas cautelares anticipadas al proceso y la demanda inaugural⁴².

La doctrina colombiana también ha aceptado la existencia de las medidas cautelares extraprocesales en el CPACA. Dichas medidas existen gracias a una interpretación *amplia* de la instrumentalidad de la tutela cautelariva, en la que por situaciones impostergables e inexorables se hace necesario declarar la medida cautelar desde la presentación misma de la solicitud. Para Juan Carlos Garzón Martínez:

Sobre este último aspecto, procede señalar que esa naturaleza instrumental, establecida para la procedencia de las medidas cautelares, se ha entendido de una manera amplia, en el sentido que si bien la regla general es que exista una actuación procesal previa o concomitante, de igual manera, procede la formulación de medidas cautelares, cuando a pesar de no mediar un proceso, su finalidad es servir dentro de un proceso futuro⁴³.

Precisamente, el artículo 234 del CPACA, por disposición legal expresa, convierte la *medida cautelar de urgencia* en una medida cautelar extraprocesal, al señalar que se podrá prescindir de solicitar la medida cautelar desde la interposición de la demanda y hasta cualquier momento del proceso, a fin de hacerlo desde la presentación misma de la solicitud de la medida cautelar.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en reciente providencia, fijó un alcance avanzado a las medidas cautelares, específicamente, a las denominadas de urgencia, señalando que este

42 Villamil Portilla, *op. cit.*, p. 191.

43 Garzón Martínez, Juan Carlos, *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Debates procesales, Bogotá: Doctrina y Ley, 2014, p. 791.

tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito, inclusive⁴⁴.

Adicional a lo expuesto, son tan independientes las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo que el artículo 138 del Código General del Proceso permite la subsistencia de las medidas cautelares que se decreten en los procesos a pesar de que aquellos hayan sido declarados nulos en todo o en parte. Según esa disposición, en su inciso 2:

[...] La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, *y se mantendrán las medidas cautelares practicadas*. (El énfasis es mío).

Por último, se requiere que para que se adopte la medida cautelar, se preste la caución señalada en el auto que la decreta, toda vez que de acuerdo con el artículo 232 del CPACA, la caución tiene como objeto soportar los perjuicios que se puedan causar con la práctica de la medida.

Para concluir, las medidas cautelares con carácter urgente, consagradas en el artículo 234 de la Ley 1437 del 2011 resultan siendo otro de los cambios importantes frente al anterior régimen. Por medio de esta herramienta, el demandante puede solicitar las medidas cautelares en cualquier estado del proceso, y ya no en la demanda o en escrito separado como se exigía en el CCA, siendo una característica definitoria el hecho de que por su premura no se requiere traslado a la contraparte.

Acciones populares y medidas cautelares

Las modificaciones que introdujo el CPACA, respecto de las medidas cautelares, no se limitan a los procesos contencioso administrativos, pues el parágrafo del artículo 229 del código en comento consagró que estas se extenderían a las acciones populares y a los procesos de tutela. Lo anterior fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional, por considerar el demandante que esta era una medida regresiva, que implicaba un obstáculo para la protección de los derechos fundamentales y colectivos.

La citada corporación declaró, en cuanto a las acciones populares, la constitucionalidad de la norma, por considerar que no reducían las medidas cautelares que puede decretar el juez, sino que contrario a ello, se complementaban con las previstas en la Ley 472 de 1998. Además, se puso de presente que en nada afectaba al tratamiento que se venía dando sobre las medidas cautelares en las acciones populares, dado que:

44 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000-23-42-000-2013-06871-01, Sentencia de 5 de marzo del 2014, C. P. Alfonso Vargas Rincón.

[E]l juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad de medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; v. la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; v. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente⁴⁵.

Empero, declaró la inconstitucionalidad de la expresión “en los procesos de tutela”, en cuanto a que se regularan allí las medidas cautelares del recurso constitucional de amparo, por considerar que la regulación introduce un desdoblamiento en el régimen de cautelas dentro de las acciones de tutela que responde a la adscripción jurisdiccional ordinaria del juez que conozca de ellos, con lo cual desarticula injustificadamente la unidad de la jurisdicción constitucional.

Además, los tiempos con que se manejaría la medida cautelar no se corresponderían con los plazos ni con la celeridad con que debe tramitarse la acción de tutela. Así mismo, considera la Corte Constitucional que esa norma crea recursos contra actos del juez de tutela que ordenan una protección inmediata, en contra de la general vocación de las providencias de este tipo a producir efectos instantáneos y a adquirir firmeza inmediata. Finalmente, a juicio del Alto Tribunal, supone una reducción injustificada de los niveles de protección que, en términos de recursos judiciales, se alcanzaron con el Decreto 2591 de 1991; y finalmente viola la reserva de ley estatutaria⁴⁶.

En síntesis, se podrán aplicar las disposiciones del CPACA, referentes a las medidas cautelares en las acciones populares; no así en las acciones de tutela. Este fallo de la Corte merece dos comentarios. El primero de ellos es que los jueces administrativos no son los únicos que conocen de las acciones populares, pues según los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998 lo hace también la jurisdicción civil en todos aquellos procesos que no se versen sobre entidades públicas o personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Pero el CPACA, dispuso que dichas medidas tan solo podían ser aplicadas por la jurisdicción administrativa; en virtud de ello los jueces y magistrados civiles deben seguir aplicando solo las medidas cautelares de la Ley 472 de 1998.

En suma, la Corte admitió la creación de dos regímenes de medidas cautelares para la protección de derechos e intereses colectivos, uno más amplio para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conformado por

45 Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

46 *Ibidem*.

el CPACA, y la Ley 472, y otro para la jurisdicción civil compuesto tan solo por esta última ley. El segundo comentario es que la Corte no manifiesta por qué las medidas cautelares sobre protección de derechos colectivos debían diferenciarse en la jurisdicción civil de la contenciosa, como sí lo hizo respecto de las acciones de tutela.

CONCLUSIONES

- El régimen de medidas cautelares de la Ley 1437 del 2011 contiene cambios importantes en relación con el Decreto 01 de 1984. Dentro de los más importantes se destacan: inclusión de medidas cautelares para todas las pretensiones en sede administrativa, flexibilización de los requisitos para la concesión de estas puesto que no se exige una vulneración a una norma directa y palmaria y, a la vez, porque pueden ser solicitadas en cualquier etapa del proceso, traslado a la parte demandada de la medida cautelar, el efecto devolutivo en el que se conceden los recursos.
- Las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que posteriormente se dictará, son provisionales, revocables y deben ser proporcionales. Se clasifican en medidas suspensivas, preventivas, conservativas y anticipativas.
- La acción de tutela no es procedente en los asuntos que son de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que en aplicación del principio de subsidiariedad, los accionantes cuentan con variedad de medidas cautelares con las que pueden hacer efectivas la protección de sus derechos.
- Las medidas cautelares de urgencia buscan evitar que la duración del proceso pueda tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, por tal razón los términos son reducidos y no se requiere traslado a la contraparte.
- El recurso de apelación respecto de las medidas cautelares debiera proceder tanto para el auto que las niega como del que las concede, en virtud de la igualdad procesal.
- Las disposiciones referentes a medidas cautelares del CPACA, se aplican también a los procesos de acciones populares, no así a los de tutela, dado que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del segmento de la norma que así lo disponía.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas

- Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis, 2012.
- Cifuentes Ortiz, Clara Elisa. Medidas cautelares en el proceso de lo contencioso administrativo. En Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *El juicio por audiencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Primera parte: tomo 1, 1.^a ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2012.
- Correa Palacio, Ruth Stella. Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo. En *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 del 2011*.
- Garzón Martínez, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito-Sistema oral. Debates procesales. Ley 1437 del 18 de enero del 2011*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2014.
- Rivera Bravo, Emiliano. Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 315 del 2010 Cámara, 198 del 2009, Senado, por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 23 de noviembre del 2010.
- Rodríguez Arana, Jaime. Las medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España. Intervención en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en Monterrey del 27 al 30 de abril del 2005. Consultado el 7 de abril del 2015 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1624/14.pdf>.
- Villamil Portilla, Edgardo. Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso. En xxxiii Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2013.

Referencias jurisprudenciales

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 29 de agosto del 2013. Radicado 11001-03-25-000-2012-00491-00 (1973-12). Actor: Asociación Sindical de Trabajadores de la Contraloría General de la República-Ascontrol. Demandado: la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Corte Constitucional. Sentencia C-485 del 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-379 del 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-690 del 2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia C- 523 del 2009. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T 145 del 2011. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-889 del 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 284 del 2014. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto del 15 de noviembre del 2013. C. P. Alberto Yepes Barreiro. Rad.: 11001-03-28-000-2013-00036-00.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. 24 de enero del 2014. Radicado 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694). Actor: Margarita Ricaurte de Bejarano y otro. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Diez (10) de abril de dos mil catorce (2014). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D. C. Exp. 1131-2014. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. trece (13) de mayo de dos mil catorce (2014). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14) Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Procuraduría General de la Nación.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., Sentencia de catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014). Proceso: 110010326000201400035 00 (50.222). Actor: Martín Bermúdez Muñoz. Demandado: Nación-Presidencia de la República-Departamento Nacional de Planeación.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia de veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación: 110010324000201300534 00. Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba. Demandado: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Jorge Octavio Ramírez. Sentencia de cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014) Referencia: Acción de tutela radicación: 47001-23-33-000-2014-00012-01 Actor: Jaime Alfonso Peña Peñaranda.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014). Expediente: 25000-23-42-000-2014-02275-01 Referencia: 02275-01 Actor: Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C. P. Susana Buitrago Valencia. Sentencia de seis (06) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 17001-23-33-000-2014-00295-01(Ac) Actor: Teresita de Jesús Pérez Patiño. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Medellín.
- Tribunal Administrativo del Cauca. Sentencia de 27 de noviembre del 2012. M. P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz. Rad.: 19001233300220120063800. Actor: Lidyer Fernando Tulande Gutiérrez. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.
- Tribunal Administrativo del Cauca. Sentencia de seis (06) de mayo de dos mil trece (2013). M. P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz. Expediente: 19001233300220130020300. Accionante James Hernando Correa Clavijo. Demandado: Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca.

CONCLUSIÓN GENERAL DE LA TENDENCIA PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

María del Socorro Rueda Fonseca

Dentro del contexto del derecho colombiano las reformas judiciales que se han introducido expresan un trasplante que ha venido reflejando el derecho europeo y alguna influencia menor del derecho estadounidense. Nuestra región ha evolucionado por etapas históricas que le han dado un impulso a ciertas doctrinas procesales. La variedad de normas procesales relacionadas con las medidas cautelares proviene de tradiciones jurídicas europeas representativas de la mitad del siglo XIX¹.

Se expresaría que el recorrido del derecho procesal se ha basado en un derecho continental que está arraigado en el sistema judicial civil y en las normas que lo componen. Los textos clásicos de derecho procesal colombiano giraron en torno a descifrar la vigencia de las normas procesales, a organizar las pautas hermenéuticas de interpretación, aplicación e identificación de las fuentes del derecho procesal. En esta actividad de participación a los juristas se les llamó *prácticos forenses*, ellos vinieron a elaborar los primeros manuales de derecho procesal, fueron una especie de coleccionistas y preservadores de la memoria sobre cómo se realizaban los procesos ante los tribunales nacionales; poca injerencia se dio sobre la efectividad de los derechos dentro del campo del proceso y en poca relevancia las medidas cautelares. Estos primeros teóricos eran prácticos, es decir, personas con experiencia judicial que pretendían transmitir sus conocimientos de la vida profesional a otros. De allí que las preferencias de estos juristas se concentran en la forma, en la identificación de los trámites procesales, en la manera de realizar los escritos y cómo hacer la contabilización de los plazos². Esto de alguna manera subyace en el culto por la forma de los procesos judiciales.

1 Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, p. 37.

2 Rueda, *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas procesales*, cap. v, Necesidad de reinventar el derecho procesal civil colombiano, pp. 147 y ss.

La producción intelectual en el campo del derecho procesal se basó en la construcción de manuales y tratados que pretendían preservar la memoria de los prácticos. Empieza a dar un viraje el ordenamiento procesal desde antes de la Constitución de 1991. A modo de ejemplo puede hablarse del surgimiento de ciertas normas que contemplaban medidas cautelares no taxativas que se observaban en el derecho de familia y comercial. Esto de alguna manera respondía a los temas de descongestión, eficiencia y eficacia que vinieron a ser pautas sobre las que se centra la jurisdicción.

Hemos recibido una cultura jurídica formada y forjada en el siglo xx en la que predominaba la estandarización del derecho procesal en el campo del litigio; estas fuentes se acogen como una herencia que se administra con visión doble: como la cabeza de Jano, por un lado miraremos el pasado y la herencia recibida, pero por otro, entroncaremos y seguiremos la lucha por el derecho, como la resaltó Von Ihering. De allí que las medidas cautelares innominadas sean vistas como un medio para acortar el sendero del proceso judicial. Entonces, el material bibliográfico, la jurisprudencia y la normatividad cultivarán el camino por el cual se enfoque una nueva visión del mundo, que nos invita a que planteemos posturas basadas en la diferencia y que nos compromete a irradiar pensamientos críticos sin homogeneizaciones forzadas por un autor o una cátedra impartida desde una universidad. Es hora de despertar de la tradición procesal y atenuar los paradigmas que nos han planteado la justicia y la enseñanza del derecho que se refleja en la práctica procesal.

Por esa razón se propuso investigar sobre las medidas cautelares innominadas en su aproximación práctica en diversos campos del derecho. Para cumplir con el reto investigativo se conformó un grupo de investigadores interesados (estudiantes del curso de Argumentación en Procesos Civiles, 2014-02) y algunos profesores invitados de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes para explorar la tendencia práctica de las medidas cautelares innominadas en el proceso civil, policivo, contencioso administrativo y en el derecho judicial societario.

Atendiendo la vigencia del Código General del Proceso que incorporó las medidas cautelares innominadas se estudió cómo se ha entendido en el contexto práctico. El supuesto que incorpora dichas medidas identifica la dinámica de los poderes del juez y el aumento de la carga procesal de las partes para su determinación.

En la primera parte del trabajo investigativo se aplicó una encuesta a un grupo importante de jueces civiles del circuito de Bogotá con el objeto de observar la dinámica del ejercicio de tan importantes medidas. Desde el punto de vista teórico se entiende que las medidas cautelares innominadas pueden entrar a proteger al inicio del proceso e incluso ante los derechos debatidos aun antes de proferir la sentencia definitiva. La medida

cautelar innominada acorta el distanciamiento del proceso desde el auto admisorio hasta la sentencia definitiva. Ahora bien, en una sociedad que tiene arraigadas sus raíces en el enfoque tradicional y ritualidad de la forma de sus procedimientos es compleja la comprensión de estas medidas por lo menos desde el enfoque de respuesta discrecional de los jueces. Sin duda la duración de los procesos significa un reto del enfoque de los procesos civiles, así como su orientación y dirección.

Las medidas cautelares típicas por sí mismas no constituyen la única respuesta de los derechos que se reclaman en el campo del proceso, su complemento teórico y práctico definido en las medidas innominadas complementan la respuesta contundente que puede perseguirse ante las autoridades que imparten justicia. La búsqueda que se plasma de las medidas cautelares es que constituyan verdaderas directrices que anticipen y protejan la providencia definitiva, no basta con el embargo y secuestro o la inscripción de la demanda, se requiere de medidas que protejan y acerquen la demanda de la sentencia definitiva. Con la exclusiva regulación de las medidas taxativas no era suficiente afrontar las necesidades de los usuarios de la justicia, era necesario explorar la posibilidad de otras medidas cautelares no típicas para aumentar a corto plazo la credibilidad del sistema judicial³.

En la segunda parte del libro se ubica un grupo de capítulos que estudian las medidas cautelares innominadas en el campo del derecho policivo, comercial, societario y contencioso administrativo. Trabajos que revelan dinámicas distintas a la perspectiva de la actividad de los jueces civiles.

Las medidas cautelares innominadas conllevarán a futuro no solo a mantener un *statu quo* en el momento de presentar la demanda, sino que ellas mismas en su expresión práctica acercarán la demanda al enjuiciamiento definitivo. Los procesos civiles pueden culminar con medidas cautelares típicas decretadas o que se mantuvieron en todo el recorrido del proceso; aunque puede defenderse el progreso y permanencia, no han asegurado la efectividad del derecho reclamado, como tampoco el acortamiento del tiempo entre la demanda y la sentencia, resultando, en contexto, en predicados de ineficacia. En ese mismo camino en la dinámica que han planteado las medidas cautelares típicas no pueden desenvolverse las medidas innominadas, como se apreció en los resultados de efectividad de las decisiones de los jueces civiles parece que ha sido el sendero natural que han emprendido estas nuevas manifestaciones legales.

Sin duda hay que reflexionar sobre la eficiencia de los presupuestos que conforman el decreto de las medidas cautelares innominadas, los elementos esenciales (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la cautela) merecen

3 Barrozo Osorio, Tullia, *De las medidas cautelares en general. Saber, ciencia y libertad*, p. 133.

reflexiones alejadas de las estructuras típicas. El *fumus boni iuris* está directamente relacionado con la apariencia del derecho que además se relaciona estrechamente con la decisión final, al permitir de manera temprana la valoración y enjuiciamiento de tal medida que conducirá o provocará la finalización de la *litis*. Cuando se observa el *periculum in mora* se entiende que corresponde al peligro al que está expuesto el solicitante en la tardanza de respuesta de la petición. El juez y las partes buscarán la conexión o justificación que existe entre del derecho exigido y la decisión final que le proporciona el análisis del decreto y práctica de la medida; es decir, que al concederse la medida cautelar, se destacará la certeza de la apariencia de buen derecho en la providencia judicial que la decretó, habrá un principio de certeza que explicará de algún modo el reclamo que se hace por la vía judicial y que se aprovechará para concluir en algunos casos con la situación pretendida. El volumen de medidas cautelares innominadas negadas expresan un juicio drástico que pospone la maduración del reclamo del derecho. Lo que observamos es que cuanto mayor es la eficiencia y contundencia de amparo del derecho reclamado mayor es la posibilidad de solución anticipada del proceso.

Se puede plantear que al cambiar el campo de proyectividad de la medida cautelar innominada frente a sus elementos que predica de las medidas cautelares típicas, acorta la efectividad de las medidas cautelares innominadas; un componente novedoso y práctico de la medida cautelar, como se ha mencionado, disminuye el tiempo de duración que tiene el proceso o, por lo menos, ayudará a la transformación del riesgo del derecho antes de que caiga en el irreparable paso del tiempo.

Desde el punto de vista del litigio civil ante los jueces civiles del circuito de Bogotá se vislumbra una baja frecuencia de solicitudes por desconocimiento práctico de los litigantes y en el caso en que estas se soliciten los jueces no se arriesgan a decretarlas por variadas pautas subjetivas arraigadas de las medidas típicas. La cuestión y abundante negación se centra en los predicados discrecionales que involucra el juzgador.

La tutela judicial efectiva es el derecho a la jurisdicción, el derecho a acceder a la administración de justicia, el derecho a una solución pronta y eficiente al derecho conculcado, siendo la tutela cautelar una especie de ese gran género, uno de los mecanismos procesales necesarios para alcanzarla. Esta última puede tener varias manifestaciones, entre ellas como medida o como proceso autónomo, requiriéndose para su procedencia los presupuestos de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y prestar caución (cuando así lo exija la ley).

Se comprueba que las medidas cautelares innominadas pueden predicarse incluso en la acción policiva, en concreto, cuando se pretende defender la perturbación del derecho a la posesión o la tenencia, y cuyo trámite

se desarrolla ante una autoridad administrativa (su alcalde o su delegado). No es exclusivo del proceso civil el ámbito de la tutela judicial efectiva que amplifica la protección de otros derechos. En el tema tratado, la acción política se busca para la protección de la posesión o tenencia es una manifestación de la tutela cautelar puesto que: (1) parte del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, brindando una solución pronta y eficiente al derecho de posesión y a la protección de los bienes que se encuentran perturbados; (2) busca prevenir los daños que se causan con el paso del tiempo; (3) son un arreglo provisional de mantenimiento de la situación de hecho, ya que no se discute el derecho de dominio; (4) también involucra los mismos requisitos para su decreto —el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*—. Esta defensa de derechos resulta expresar en el ordenamiento nacional otra diversa fórmula de tutela judicial asimilándose a la categoría de proceso urgente como medida autosatisfactiva o como proceso cautelar autónomo.

Quienes tendrán el papel protagónico de reclamo de las medidas cautelares innominadas serán las partes afectadas, pero al lado de ellas se encontrará la carga de probar su existencia y futuro decreto. Esto estará minado por el ámbito discrecional del juez que debe asegurar los derechos y alejarse cada vez más de la hipótesis del prejuzgamiento que refiere a concluir que hay una concepción personal del juez que la saca de las tendencias de favorecer su decreto.

En el ordenamiento contenido en la Ley 1437 del 2011, respecto a las medidas cautelares contempla cambios importantes y relevantes a comparación del Decreto 01 de 1984. Cabe la posibilidad de invocar las medidas cautelares para cualquier reclamo en sede administrativa, inserta también una ruta flexible frente a los requisitos que estudia el juzgador al momento de su concesión, por ejemplo, no se exige una vulneración de una norma directa y palmaria para su concreción. El otro avance de esa ley es que las medidas cautelares se pueden solicitar en todos los procesos declarativos y además en el efecto devolutivo. Puede hablarse dentro del sistema normativo del contencioso administrativo que se contemplan dichas medidas con el carácter suspensivo, urgente, preventivo, conservativo y anticipativo.

Finalmente, desde el punto de vista práctico, las medidas cautelares tienen dentro del proceso civil un predominio teórico respetable frente a la aplicación del derecho procesal en Colombia; se amplía su percepción un poco más con el auge de explorar las medidas cautelares innominadas frente a las taxativas, de allí que aplicar los mismos predicados de las medidas típicas a las innominadas puede llevar a desaceleraciones y progresos en el derecho.

Los litigantes piensan en las medidas típicas como el fuerte preventivo de los derechos. Es una conducta automática utilizar por la doctrina los

argumentos del derecho civil para hacer valer los derechos que se demandan como la conservación del patrimonio del deudor, de allí que los requisitos que se contempla predicar para las medidas cautelares innominadas descansen sobre tales dominios privados⁴. Es mucho más amplio el objeto de las medidas innominadas y no solo se reserva a la conservación del patrimonio del deudor, pueden incluso disuadir y contemplar un desistimiento o conciliación temprana.

Este trabajo colectivo ha demostrado que la concepción formalista limita y no ensancha la función discrecional del juez. No obstante que se trata de una institución reciente en la tradición de los códigos procesales, los jueces han demostrado cierta timidez en su desarrollo.

Esperamos que las medidas cautelares innominadas no se agoten con la fuente normativa y emprendan una ruta distinta de las medidas taxativas. En efecto, la causa de una institución jurídica como la de las medidas cautelares innominadas, radica en el hecho de que el derecho, como poder regulador de una sociedad, no puede autolimitarse al restringir su campo de acción a los casos que están estrictamente regulados por las leyes y los códigos. Al ser el derecho una ciencia que busca regular una realidad con infinitas circunstancias y variaciones de hechos jurídicamente relevantes, no puede pretender funcionar bajo medios específicos determinados de antemano que a su vez solo regulen supuestos de hechos previstos anteriormente. Esto bajo el entendido de que las sociedades actuales no son en lo más mínimo simples. Es precisamente la complejidad de las sociedades la que llama por métodos procedimentales lo suficientemente amplios como para garantizar en material los derechos de las personas que en ellas concurren. En realidad, no se trata tanto de medios inadecuados, como lo afirma Coniglio, sino más bien de medios insuficientes. El meollo del asunto no es que las medidas cautelares nominadas no funcionen ni sean adecuadas, porque sí funcionan y sí son adecuadas. El lío verdadero es que estas no pueden abastecer el número infinito de casos que puedan surgir y que puedan llegar a requerir una medida cautelar como aseguramiento de una obligación o como garantía de un derecho. Por lo tanto, son insuficientes y requieren de una figura con más cobertura, como lo es la medida cautelar innominada⁵.

Ahora bien, el hecho de que tantos países, especialmente los europeos⁶, hayan adoptado esta facultad que tiene el juez, demuestra que la tesis

4 Castro de Cifuentes, Marcela, *Derecho de las obligaciones*, Biblioteca Jurídica Uniandina, vol. 1, tomo 1, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010, p. 500.

5 Reflexión de María Irragori Amaya, en el ensayo no publicado "Una introducción a las medidas cautelares y un análisis a la aplicación de medidas cautelares innominadas por parte de la Corte Constitucional en Colombia", mayo, Bogotá, 2014.

6 Ejemplos de estos países son Italia (con el artículo 700 de su Código Procesal Civil de 1940), Alemania (artículo 938 de su Código Procesal Civil de 1940), Suecia (artículo 15 de su Código de Procedimiento Judicial), Estado Vaticano (artículo 894 de su Código de Procedimiento Civil), España

restrictiva de las medidas cautelares innominadas tiene poco sentido. Es más, si se remite a la función y justificación de las providencias cautelares, se puede entender cómo esta posición no tiene mucho sentido.

Lo que justifica una medida cautelar innominada es precisamente ese peligro proveniente de un posible daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva. Sin lugar a dudas, es ante ese peligro de un daño que el juez debe intervenir, no solo para definir el problema jurídico del proceso sino también para realizar

una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva, ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización de anticipada o preventiva de la sentencia definitiva, como lo asegura el doctrinario⁷.

(artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), Suiza (con sus códigos procesales de los Cantones de Friburgo (art. 369), Ginebra (art. 12), Berna (art. 326), y Neuchatel (art. 95).

7 Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova, 1926, vol. II, n.º 80, *idem*. Sistema del Diritto Processuale Civile. Cedam. Padova, 1936, vol. I, n.º 71.

