



MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS LABORALES EN COLOMBIA

THE PRECAUTIONARY MEASURES INNOMINATES IN THE LABOR PROCESSES IN COLOMBIA

NÉSTOR JULIÁN SACIPA LOZANO*

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2016

Fecha de aceptación: 25 de abril de 2017

Disponible en línea: 30 de junio de 2017

RESUMEN

El Código General del Proceso introdujo en el proceso civil la figura de la medida cautelar innominada, cuyo fin es la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurarla efectividad de la pretensión. Sin embargo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no regula la medida, razón por la cual esta investigación estudia la figura a la luz del derecho procesal laboral, para mostrar como las medidas pueden contribuir con los fines proteccionistas del derecho del trabajo.

Palabras claves: Derecho Procesal; Derecho del Trabajo; Proceso Laboral; Medidas Cautelares; Medidas Cautelarse Innominadas.

ABSTRACT

The General Code of Process introduced the figure of anticipatory precautionary innominate into the civil process, whose purpose is

* Estudiante en proceso de presentación de tesis para optar por el título de abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia. Contacto: nsacipa@javeriana.edu.co; juliانسaci@hotmail.com.

the protection of the right in issue, prevent infringement or preventing consequences of it, prevent damage, put an end of those who have caused or secure effectiveness of the claim. However, the Code of Labor and Social Security does not regulate the measure, which is why this research studies the figure in light of the labor procedural law, to show how the measures can contribute to the protectionist purposes of labor law.

Key words: Procedural Law; Labor Law; Labor Process; Precautionary Measures; Precautionary Measures Innominates.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares, para la Corte Constitucional, 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 proceso¹. El régimen cautelar en Colombia tiene amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia. En Colombia con la expedición del Código General del Proceso² (en adelante —CGP—) se optó por un sistema de carácter mixto en tanto permitió la adopción de medidas cautelares nominadas e innominadas, las cuales por definición son instrumentales, provisionales y taxativas.

El CGP introdujo en el proceso civil la figura de la medida cautelar innominada, consagrada en el numeral 1 del artículo 590 también denominada de cautela atípica o genérica. Las medidas cautelares innominadas son, según el profesor Jorge Forero Silva, “*las no previstas en la ley, que faculta al juez para que las decreta según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias*”³. Las cuales no están consagradas en la ley, pero que la parte puede solicitar al momento de presentar la demanda para que el juez a su prudente arbitrio las decreta, teniendo en cuenta que haya legitimación de las partes, interés para actuar, necesidad en cuanto a su adopción y las debe decretar de manera proporcional verificando su alcance y duración.

-
- 1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán- Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.
 - 2 Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, 48.489 Diario Oficial, 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.
 - 3 Jorge Forero-Silva. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. 27. (2ª edición, Editorial Temis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 65. Bogotá, 2014).

Por su parte, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁴ no regula la medida cautelar innominada, razón por la cual es necesario acudir al artículo 1º del Código General del Proceso que establece que se aplicará “... además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”, luego sí es procedente la medida cautelar innominada del artículo 590 núm. 1, lit. c) del C.G.P. en los procesos laboral y de seguridad social⁵. En línea con lo anterior, es válido afirmar que las medidas cautelares innominadas sí pueden ser decretadas en procesos laborales y las mismas deben ser estudiadas a la luz del Código General del Proceso.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio protectorio del Derecho del Trabajo y del cual surgen los demás principios laborales, podemos decir que las medidas cautelares dentro del proceso laboral resultan funcionales al principio de la protección al trabajador. Respecto a los supuestos de fondo y requisitos de verificación de las medidas es necesario acudir al estatuto procesal civil por analogía, aclarando que existe actualmente una discusión en la doctrina para determinar si en materia laboral es necesario prestar caución y, por otro lado, si el juez puede decretar de oficio medidas cautelares innominadas. Frente a lo primero, la jurisprudencia ha dicho que el principio de gratuidad en asuntos laborales no es absoluto, razón por la cual se considera que el demandante sí debe prestar caución. Por último, en el texto se argumenta que el juez no podrá decretar de oficio las medidas porque el Código General del Proceso no lo permite, sin embargo, la discusión está abierta ya que, como se verá, algunos autores piensan que el juez de lo laboral sí tiene potestades para decretar las medidas de oficio. Por último, se muestran algunos ejemplos de medidas cautelares innominadas en procesos concretos, por ejemplo, en procesos de acoso o discriminación laboral, entre otros.

En conclusión, las medidas cautelares innominadas en materia laboral contribuirán a la concreción del fin del derecho laboral el cual es la protección del trabajador, que siempre será la parte débil de la relación, y las mismas tienen concordancia con principios rectores del derecho del trabajo, y negar su aplicación es flagrantemente contrario a los fines y pilares del mismo.

4 Decreto-Ley 2158 de 1948, por el cual se expide sobre los procedimientos en los juicios del trabajo, con las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001, 44.648 Diario Oficial, 8 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html.

5 Samir Alberto Bonett- Ortiz. La medida cautelar Innominada en los procesos laboral y de seguridad social. 855 (Memorias XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2016).

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Definición

Las medidas cautelares, para la Corte Constitucional, 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. Las medidas buscan asegurar el cumplimiento de las decisiones de las autoridades ya que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido⁶. Las medidas cautelares tienen un amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP. Arts. 13, 228 y 229)⁷.

La función de las medidas cautelares, para el profesor Piero Calamandrei *“nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”*⁸. Según Calamandrei, citado por el profesor Jairo Parra Quijano *“las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la de celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”*⁹.

El profesor Jorge Forero Silva, en su libro *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*, señala que *“en protección de la igualdad procesal, principio que la doctrina acoge ampliamente, las medidas cautelares tienen por objeto garantizarlo, toda vez que contrarrestan los dispendiosos trámites del proceso, de suerte que quien acude a la administración de justicia, en el desarrollo del*

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán- Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán- Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

8 Piero Calamandrei. *Providencias Cautelares*. 43 (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984).

9 Jairo Parra-Quijano. *Medidas Cautelares Innominadas*. 301 (En Memorias XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, septiembre 11, 12 y 13 de 2013)

proceso pueda conservar una situación similar a la que existía al tiempo de demandar para que en la sentencia se le restablezcan sus derechos; en otras palabras, las medidas cautelares impiden que se causen los males de los ya provocados por el demandado, que con su actitud ha llevado que se le demande”¹⁰.

1.2. Principales características

Los siguientes son los principales rasgos característicos de las medidas cautelares:

1. Son instrumentales: Son un medio o instrumento del proceso que sirven para garantizar la eficacia y efectividad del mismo. Sin un proceso no tienen sentido, a pesar que pueda ocurrir que se tramiten sin que medie proceso alguno pero servirán para uno futuro como en la guarda y aposición de sellos en un proceso de sucesión o el embargo de un inmueble en un proceso de ejecución para suscribir la escritura pública que implique la transferencia de dominio, entre otros¹¹.
2. Son provisionales: No pueden ser de carácter permanente pues cumplen su función mientras dura el proceso.
3. Son taxativas: La ley contempla expresamente las reglas que deben ser acatadas para su funcionamiento. Para el profesor Parra, en Colombia se acogió el sistema mixto de medidas cautelares en tanto que se estableció la posibilidad de acoger las medidas cautelares típicas, pero con la medida cautelar atípica, que fue el consagrado en el 590 del CGP¹². A pesar que el legislador consagró las medidas innominadas, éstas no escapan de la taxatividad, pues el juez puede acudir a ellas si la ley lo permite, con las reglas establecidas en la misma.

1.3. Requisitos para ser decretada

Ahora bien, para que el juez pueda decretar la medida cautelar la ley establece tres exigencias, las cuales la Corte Constitucional en sentencias C-490 de 2000¹³ y C-379 de 2004 recogió del ordenamiento español:

10 Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. 1.

11 Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. 2.

12 Parra-Quijano. *Ob. Cit.* Pág. 309.

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-490/00, 4 de mayo de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-490-00.htm>.

- a. Que haya apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): El demandante debe aportar un principio de prueba de que se pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia. Para ello el juez deberá estudiar el derecho material junto con la demanda y las pruebas para darse una hipótesis de que probablemente el demandante le asista la razón en sus pretensiones.
- b. Que haya un peligro en la demora (*periculum in mora*): Debe existir un riesgo de que el derecho pretendido pueda afectarse con el tiempo del proceso.
- c. Que el demandante preste garantías que están destinadas a cubrir los eventuales perjuicios ocasionados por la práctica de las medidas si se demuestran que eran infundadas.

1.4. Justificación de las medidas

Lo que justifica las medidas cautelares es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva¹⁴. Y ante todo, la protección de la igualdad de las partes y la garantía de la eficacia de la administración de justicia.

II. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL

2.1. La Medida Cautelar Innominada en el Código General del Proceso

En Colombia por primera vez se consagró, para el proceso civil, la medida cautelar innominada¹⁵. El literal c del numeral 1 del artículo 590 del estatuto establece que:

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

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

14 Piero Calamandrei. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. 65 (Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945).

15 Bonett- Ortiz. *Ob. Cit.* Pág. 853.

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: (...)

c. Cualquier 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”.

El literal C se constituye indudablemente en una verdadera innovación, puesto que materializa la posibilidad de aplicar las denominadas medidas cautelares innominadas, atípicas o genéricas en Colombia¹⁶. Sin embargo, ya en el ordenamiento jurídico colombiano existían las medidas tal y como lo indica el profesor Parra en el prólogo del libro del doctor Jorge Forero Silva, “con experiencias satisfactorias como es cierto, en las acciones constitucionales de tutela y popular, es en las acciones de competencia desleal, las de violencia intrafamiliar, o también en las acciones revocatorias o de simulación de actos durante el periodo de sospecha cuando dichas acciones se tramitan en el proceso concursal”¹⁷.

2.2. Definición

Las medidas cautelares innominadas son, según el profesor Jorge Forero Silva, “las no previstas en la ley, que faculta al juez para que las decrete según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias”¹⁸. Para el profesor Jairo Parra Quijano “se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la “encuentra 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” (Letra c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP)”¹⁹. Igualmente, el doctor Aristides Rengel las define como “aquellas no previstas 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

16 Francisco Javier Trujillo-Londoño. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. 179 (Criterio Jurídico Garantista, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2014).

17 Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. Prólogo del profesor Jairo Parra Quijano.

18 Jorge Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. 27.

19 Parra-Quijano *Ob. Cit.* Pág. 302.

*cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*²⁰.

De las anteriores definiciones se pueden esbozar las siguientes características de las medidas cautelares innominadas:

1. No están consagradas en la ley. El juez tiene un poder cautelar genérico de escoger los medios para asegurar el resultado y la ejecución de un proceso determinado.
2. El juez las debe decretar según su prudente arbitrio, que ha de entenderse en general, según el maestro Couture, como la “*facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender*”²¹.
3. Tienden a prevenir el riesgo que pueda resultar ilusoria la ejecución de la sentencia, y evita que una de las partes pueda causar lesiones graves de difícil reparación al derecho de la otra²².
4. Deben ser solicitadas por la parte y no pueden ser decretadas de oficio por el juez.
5. El demandante debe hacer la solicitud al juez desde la presentación de la demanda, y tener en cuenta los criterios que tradicionalmente se analizan, como son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que conciernen a la apariencia de buen derecho y la amenaza por el peligro en la demora del proceso, que ya fueron explicados en el primer capítulo del trabajo.

2.3. Supuestos de fondo de las medidas

Ahora bien, una vez el juez de conocimiento recibe en su despacho la solicitud, para conceder las medidas debe identificar los siguientes supuestos de fondo,

20 Aristides Rengel- Romberg. Medidas Cautelares Innominadas. 90 (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1989) Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.

21 Couture. Vocabulario Jurídico. 92. Voz Arbitrio Judicial. Citado por: Aristides Rengel- Romberg. Medidas Cautelares Innominadas. 92 (Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1989). Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.

22 Aristides Rengel- Romberg. *Ob. Cit.* Pág. 92.

con base en lo estipulado en los incisos 2 y 3 del literal c del artículo 590 del Código General del Proceso²³:

- a. La legitimación de las partes: El juez deberá verificar si quien reclama es en realidad el titular del derecho subjetivo que se invoca y que la persona contra quien se dirija sea quien realmente debe responder.
- b. Debe existir interés para actuar: Los hechos deben fundamentar seriamente la causa de la pretensión y mostrar la amenaza de la misma.
- c. Debe existir una necesidad para su adopción: Esto es que sea indispensable para el cumplimiento de la sentencia, y que el riesgo haga fundamental la adopción de la medida.
- d. Que la medida sea decretada proporcionalmente: El juez deberá decretar una medida proporcional a lo pedido, sin olvidar que el demandado no ha sido condenado.
- e. Verificar su alcance y duración: Que sea una medida que garantice la efectividad del derecho y permanezca mientras éste sea vulnerado.

2.4. *Sustitución o modificación de la cautela*

Es importante resaltar, que el juez podrá de oficio o a petición de parte modificar o sustituir la medida por otra que sea menos gravosa o más efectiva o incluso hacer cesar la medida. Si bien la medida cautelar innominada supone solicitud de parte, lo cierto es que la ley autoriza al juez para ordenar una distinta de la pedida, o para modificarla, sustituirla o levantarla²⁴.

2.5. *Caución*

Por último, el Código General del Proceso faculta al demandando a ofrecer caución o contracautela para impedir o levantar las medidas decretadas, siempre que la pretensión sea patrimonial, a fin de garantizar la eventual condena

23 Artículo 590. Literal C. Numeral 1. Incisos 2 y 3: “Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o 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, delimitará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

24 Miguel Enrique Rojas-Gómez. Código General del Proceso. (Esaju, Bogotá, 2012).

indemnizatoria²⁵. No podrá prestarse caución cuando no se trate de pretensiones relacionadas con pretensiones no pecuniarias o que procuren anticipar materialmente el fallo.

2.6. Necesidad de las medidas

Las medidas cautelares innominadas son una necesidad para asegurar la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva. Para el profesor Jairo Parra Quijano “*nunca debió el legislador usurpar el oficio del juez regulando todas las medidas cautelares, ya que hay situaciones que sólo el juez las puede entender y concretar...*”²⁶. Como agrega Jorge Fábrega Ponce “*la experiencia diaria demostró que no siempre el legislador puede prever las posibilidades infinitas que la realidad presenta y, por ello, en ocasiones los mecanismos cautelares conocidos (embargo preventivo, suspensión de operaciones, prohibición de innovar, etc.) no resultan eficaces para obtener los propósitos de aseguramiento que se requerían. Esta circunstancia provoca que los ordenamientos procesales modernos incorporan en sus articulados las medidas cautelares genéricas*”²⁷. Las medidas son necesarias y de gran utilidad para la garantía de la protección del derecho objeto del litigio, siempre se convenza al juez de su necesidad y se dé cumplimiento a los requisitos explicados previamente.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS LABORALES

3.1. La Medida Cautelar Innominada en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²⁸ (en adelante- CPTSS-) no regula la medida cautelar innominada, razón por la cual es necesario acudir al artículo 1º del Código General del Proceso según el cual: “*El Código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras*

25 Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. 33.

26 Parra-Quijano. *Ob. Cit.* Pág. 303.

27 Jorge Fábrega-Ponce. *Medidas cautelares* (Editorial Ibáñez, Bogotá, 1998)

28 Decreto-Ley 2158 de 1948, por el cual se expide sobre los procedimientos en los juicios del trabajo, con las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001, 44.648 Diario Oficial, 8 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html.

leyes” (negrillas fuera del texto). Además, en virtud del artículo 145 del CPTSS por aplicación analógica “*a falta de disposiciones especiales en el procedimiento de trabajo se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial*”, por su puesto entienda debe ser el Código General del Proceso ya que recordemos que el CPTSS corresponde al Decreto-Ley 2158 expedido en 1948. Para el profesor Jorge Forero Silva “*Las cautelares innominadas, que no han sido específicamente contempladas en las disposiciones legales, pueden concurrir con las que allí estén tasadas si estas son insuficientes para la efectividad del derecho material*”²⁹. Por lo tanto, es posible argumentar que son procedentes las medidas cautelares innominadas en los procesos laborales y de seguridad social³⁰.

3.2. El fin protectorio del derecho laboral

Es primordial recordar que el fin del derecho del laboral es la protección del trabajador, entonces se debe entender que si la aplicación de las medidas cautelares innominadas pueden garantizar la satisfacción del derecho y el cumplimiento de la sentencia, con mayor razón se pueden incluir las mismas en plena armonía con los procesos laborales, en los cuales se discuten generalmente derechos mínimos e irrenunciables vitales como la vida, la alimentación, la salud, la pensión, etc.³¹. El principio protectorio que orienta al Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en el amparo de una de las partes, el trabajador, a fin que mediante esa protección, alcance una igualdad sustantiva y real frente a la contraparte, el empleador³². El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia³³ establece el principio de favorabilidad en relación con el trabajador, imperando el carácter proteccionista que busca salvaguardar los derechos de la parte débil de la relación laboral. Teniendo en cuenta el principio protectorio, como señala Alma Méndez, siendo la columna vertebral del Derecho del Trabajo y del cual surgen los demás principios laborales, podemos decir que las medidas cautelares dentro del proceso laboral, al buscar asegurar el cumplimiento de la sentencia que consagra el derecho del trabajador, resultan funcionales al mentado principio³⁴.

29 Forero-Silva. *Ob. Cit.* Pág. 28.

30 Bonett- Ortiz. *Ob. Cit.* Pág. 855

31 Bonett- Ortiz. *Ob. Cit.* Pág. 855

32 Amanda Caubet. Trabajo y Seguridad Social.68. (2ª Edición Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 2010)

33 Constitución Política de Colombia, 116 Gaceta Constitucional, 20 de julio de 1991. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

34 Alma Méndez- de Buongermini. Medidas cautelares en lo laboral. 584(Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.), Asunción). Disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/laboral/Alma-Mendez-Medidas-Cautelares.pdf>.

Además, el juez de lo laboral, según el artículo 48 del CPTSS, debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite. Para lograr lo anterior, el juez en materia laboral puede decretar las medidas cautelares innominadas cuyo fin es la “*la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurarla efectividad de la pretensión*”. Obstruir la posibilidad de la aplicación de las medidas en el ámbito del derecho procesal laboral violaría los principios rectores del mismo, en especial el principio base de la protección al trabajador.

3.3. Supuestos de fondo de las medidas

Del mismo modo, al no estar regulada las medidas en el CPTSS es necesario acudir a los requisitos generales consagrados en el CGP para que las medidas cautelares innominadas sean decretadas, tales como la legitimación de las partes, el interés para actuar, verificar la necesidad de la adopción, que la medida sea proporcional y que se verifique su alcance y duración, requerimientos que ya fueron explicados en el capítulo anterior.

3.4. Requisitos de verificación para decretar la medida

Ahora bien en materia laboral, siguiendo los lineamientos fijados por la Corte Constitucional, para que se otorguen las medidas cautelares el juez debe verificar, igual que en materia civil, i. que haya apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), ii. que haya un peligro en la demora (*periculum in mora*) y iii. que el demandante preste garantía.

3.5. Discusión en materia de caución para asuntos laborales

En cuanto al punto de garantía o caución es importante aclarar que existe la discusión acerca de determinar si la caución procede para procesos laborales donde prima el principio de gratuidad. Para el profesor Samir Bonett “*si bien la exigencia de la caución es razonable, pues busca proteger al demandado que ha sufrido la imposición de la medida, que luego es revocada, se debe considerar que si es coherente con el principio de gratuidad que rige en los procesos laboral y de seguridad social*”³⁵, con cuya apreciación estoy de acuerdo ya que la misma Corte Constitucional en sentencias T-522 de 1994 y

35 Bonett- Ortiz. *Ob. Cit.* Pág. 857.

C-102 de 2003, así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto del 26 de octubre de 1999 han argumentado que el principio de gratuidad en materia laboral es relativo en la medida que el trabajador no está exento de asumir determinados gastos dentro del proceso. Además, el trabajador que no cuente con los medios necesarios para pagar la caución podrá acudir al amparo de pobreza consagrado en el Código General del Proceso.

3.6. *Discusión acerca de la posibilidad del decreto de la medida de oficio*

Finalmente, respecto a la necesidad de ser solicitada por la parte el profesor Bonett considera que se puede pensar que en los procesos laborales, el juez podría a su iniciativa decretar la medida, en cuanto en éstos se discuten derechos mínimos e irrenunciables y que el juez al tener facultades consagradas en la ley para decretar pruebas de oficio y proferir sentencias *extra y ultra petita*, por conexidad podría decretar de manera oficiosa la medida cautelar innominada³⁶. En este punto, no estoy de acuerdo con el profesor Bonett ya que por analogía es necesario acudir al CGP y éste estatuto es claro en su redacción al excluir la posibilidad que el juez pueda de oficio decretar la medida, en este punto es necesario acudir a la interpretación literal y textual de la norma que exclusivamente permite que la parte solicite la medida al momento de presentar la demanda, a *contrario sensu* el juez no la puede decretar de oficio.

3.7. *Ejemplos de medidas cautelares innominadas en procesos laborales*

En muchos procesos laborales la necesidad del trabajador no da espera, razón por la cual en las siguientes líneas sugeriré algunos ejemplos de medidas cautelares innominadas, algunos tomados de experiencias internacionales, que sin duda pueden contribuir a la concreción de los fines del derecho proteccionista al trabajador:

1. En procesos de discriminación o acoso laboral, la estudiante argentina María Eugenia Trione³⁷, ha propuesto que se podrá invocar la medida cautelar innominada que ordene al presunto victimario en procesos de

36 Bonett- Ortiz. *Ob. Cit.* Pág. 856.

37 María Eugenia Trione. La aplicación de medidas cautelares innominadas y anticipatorias, como posible solución, a las nuevas problemáticas del derecho laboral: la discriminación y el mobbing. 157 (Semilleros de Derecho Procesal Colombia. Ponencia presentada en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho- Nivel pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 10,11 y 12 de septiembre de 2014, Cartagena, 2014)

discriminación laboral que cese los actos de perturbación o discriminación. Lo que se limita es el acto del victimario transitoriamente hasta que se profiera sentencia de fondo, lo que se pretende es la modificación de la conducta realizada por una persona. Así mismo, sugiere que otra alternativa es la intervención de un veedor judicial, que en el caso colombiano podría ser un inspector del trabajo para que controle dentro de la organización o empresa los actos que pueden ser tendientes a la discriminación hasta que sea dictada una sentencia de fondo que resuelva la controversia. Medida que a mi parecer puede ser muy útil en Colombia donde el inspector del trabajo intervenga en los posibles actos de discriminación contra el trabajador.

Otra posible medida cautelar sería la posibilidad que el juez decrete el traslado del trabajador, de ser posible, para hacer cesar el hostigamiento y el acoso.

2. En Panamá la medida cautelar innominada fue sumamente útil dentro de un proceso laboral en el que se perseguía la obtención de una autorización de despido de un dirigente sindical, el demandante solicitó al Tribunal que, en ejercicio de la potestad cautelar genérica, decretara la suspensión del trabajador mientras se surtía el proceso de remoción de fuero sindical, toda vez que el mismo se desempeñaba como cajero y había sido sorprendido apropiándose de dineros de la empresa. El Juzgado Segundo del Trabajo decretó la medida mediante Resolución No. 167 del 30 de septiembre de 1983³⁸. Por el contrario, en caso de violación de la estabilidad sindical, el juez ordenará el reintegro del dirigente sindical a su trabajo.
3. En procesos de despido de mujer embarazada, el juez podrá decretar el reintegro inmediato al puesto de trabajo, por violación al fuero de maternidad. Para Alma Méndez *“de no otorgase la medida cautelar de reposición en el puesto de trabajo, y esperar el tránsito de todo el juicio, probablemente al momento en que la sentencia que ordene el reintegro se encuentre en firme y ejecutoriada, la situación protegida —el embarazo— habrá concluido, lo que implica que el reconocimiento del derecho habrá llegado tarde y se traducirá en el pago de la indemnización por despido injustificado. Es decir, no se habrá cumplido el objetivo de la norma de otorgar la estabilidad económica y emocional a la mujer grávida y al niño en gestación”*³⁹.

38 Adán Arnulfo Arjona, Jorge Fabrega. Medidas Cautelares Innominadas. 118 (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1989).

39 Méndez- de Buongermi. *Ob. Cit.* Pág. 588.

4. En procesos de despido sin justa causa: El trabajador podrá solicitar una medida innominada a fin de que sea reinstalado en su puesto de trabajo, mientras el proceso termine en sentencia definitiva, por supuesto en la solicitud deberá tener una argumentación muy rigurosa para convencer al juez de su necesidad, ya que este tipo de procesos, por lo general, no implican daños irreparables que no puedan ser resarcidos ya que después el empleador abonará la totalidad de salarios debidos con intereses en caso de una sentencia de condena.

CONCLUSIÓN

Las medidas cautelares en Colombia tienen amplio sustento constitucional, pues complementan el principio de la eficacia de la administración de justicia. Para la Corte Constitucional 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. Las medidas buscan asegurar el cumplimiento de las decisiones de las autoridades ya que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido⁴⁰. Las medidas cautelares son instrumentales, provisionales y taxativas, y para su decreto se requiere que haya apariencia de buen derecho, peligro en la demora y que se preste garantía para su ejecución.

En Colombia por primera vez se consagró, para el proceso civil, la medida cautelar innominada. Las medidas cautelares innominadas son las no previstas en la ley, que faculta al juez para que las decrete según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias. Los supuestos de fondo de las medidas son la legitimación de las partes, el interés para actuar, la existencia de una necesidad para su adopción, que la medida sea proporcional y se deba verificar su alcance y duración. Además, el juez puede modificar o sustituir la medida, y siempre debe ser solicitada por la parte que deberá prestar caución.

Por su parte el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no regula la medida cautelar innominada, razón por la cual por analogía es posible argumentar que son procedentes las medidas cautelares innominadas en los procesos laborales y de seguridad social. Por conexidad se deben acudir a los

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán- Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

mismos criterios del Código General del Proceso para su adopción, aclarando que existe una discusión en la doctrina acerca de determinar si es necesario prestar caución o si el juez la puede decretar de oficio. En mi opinión, acudiendo a lo dicho por la Corte Constitucional y Corte Suprema la gratuidad en materia laboral no es absoluta, es decir el demandante si deberá prestar caución y además, se consideró que el juez no puede decretar la medida de oficio porque el Código General del Proceso no lo permite.

Finalmente, las medidas cautelares innominadas en procesos laborales contribuirán a la consecución del fin pendular del derecho del trabajo que es la protección de la parte débil de la relación, que es el mismo trabajador. Por ejemplo, en procesos de protección al fuero sindical o de maternidad, así como en procesos de discriminación y acoso laboral las medidas serán fundamentales para la protección del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945).
2. Calamandrei, Piero. *Providencias Cautelares*. (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984).
3. Caubet, Amanda. *Trabajo y Seguridad Social*. (2ª Edición Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 2010).
4. Fábrega-Ponce, Jorge, *Medidas Cautelares* (Editorial Ibáñez, Bogotá, 1998).
5. Jorge Forero-Silva. *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. 27. (2ª edición, Editorial Temis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 65. Bogotá, 2014).
6. Rojas-Gómez, Miguel. *Código General del Proceso* (Esaju, Bogotá, 2012).
7. Trujillo-Londoño, Francisco Javier. *Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso Colombiano* (Criterio Jurídico Garantista, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2014).

REVISTAS

1. Arjona, Adán Arnulfo, Fabrega, Jorge. *Medidas Cautelares Innominadas*. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1989).
2. Bonett- Ortiz, Samir Alberto. *La medida cautelar Innominada en los procesos laboral y de seguridad social*. (Memorias XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2016).

3. Méndez- de Buongermini, Alma. Medidas cautelares en lo laboral. (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.), Asunción). Disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/laboral/Alma-Mendez-Medidas-Cautelares.pdf>.
4. Parra-Quijano, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas*. (Memorias XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2013)
5. Rengel- Romberg, Aristides. *Medidas Cautelares Innominadas*. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1989) Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.
6. Trione, María Eugenia. *La aplicación de medidas cautelares innominadas y anticipatorias, como posible solución, a las nuevas problemáticas del derecho laboral: la discriminación y el mobbing*. (Semilleros de Derecho Procesal Colombia. Ponencia presentada en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho- Nivel pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 10, 11 y 12 de septiembre de 2014, Cartagena, 2014)

NORMATIVIDAD COLOMBIANA

1. Constitución Política de Colombia, 116 Gaceta Constitucional, 20 de julio de 1991. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
2. Decreto-Ley 2158 de 1948, por el cual se expide sobre los procedimientos en los juicios del trabajo, con las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001, 44.648 Diario Oficial, 8 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html.
3. Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, 48.489 Diario Oficial, 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-490/00, 4 de mayo de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-490-00.htm>.
2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/04, 27 de abril de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán- Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

