



**Análisis de la aplicación en materia laboral del artículo 590 literal c) del Código General del Proceso, para el reconocimiento provisional de la pensión como medida cautelar innominada**

**IVÁN DAVID PÉREZ BELTRÁN**

Director  
**DR. HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
MAGISTER EN DERECHO**

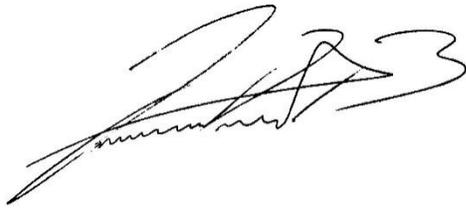
**MAESTRÍA EN DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
MEDELLÍN  
2022**

**6 de mayo de 2023**

**Iván David Pérez Beltrán**

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma



---

# **Análisis de la aplicación en materia laboral del artículo 590 literal c) del Código General del Proceso, para el reconocimiento provisional de la pensión como medida cautelar innominada**

*Iván David Pérez Beltrán<sup>1</sup>  
Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz<sup>2</sup>*

## **Resumen.**

El Código General del Proceso en el artículo 590 literal c introdujo la figura de la medida cautelar innominada, la cual, si bien no es consagrada en materia laboral, si es permitida por la Corte Constitucional, debido a esto, se realiza un estudio de investigación analítica, con el objeto de que el juez ordinario como director del proceso, adopte las medidas necesarias, como es el reconocimiento provisional de la pensión como medida cautelar innominada al inicio de un proceso ordinario, para proteger derechos fundamentales de un afiliado o beneficiario que encuentre amenazado su derecho pensional. Este estudio parte de la concepción de las medidas cautelares en sentido genérico, atravesando por los requisitos que contienen las medidas cautelares innominadas, y finalizando con el estudio de derechos y principios constitucionales tendientes a la aplicación de la figura acá perseguida para la obtención de la pensión temporal. Por lo que se puede concluir que la medida cautelar innominada estudiada, es de vital importancia en materia de seguridad social, siendo necesario que los operadores jurídicos la apliquen sin temor alguno, toda vez que contribuye a extinguir dramas sociales y a la descongestión constitucional.

**Palabras Clave.** Medida cautelar innominada, jurisdicción ordinaria, seguridad social, derechos fundamentales, mínimo vital.

---

<sup>1</sup>Abogado, especialista en derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad Pontificia Bolivariana, y especialista en derecho procesal de la misma universidad; correo electrónico idperezb@gmail.com

<sup>2</sup>Abogado, Magister en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana; correo electrónico psicosis10@gmail.com

## **Introducción.**

En principio se puede indicar que, en materia laboral existe norma especial para decretar una medida cautelar, la misma se encuentra consagrada en el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y que contiene la única medida cautelar en donde se le impone al demandado una caución para garantizar las resultas del proceso; sin embargo, con el nacimiento a la vida jurídica del Código General del Proceso, se viabilizó en materia civil la aplicación de la figura de las medidas cautelares innominadas en el artículo 590 literal c, por medio de la cual el juez ordinario vela por la protección del derecho objeto del litigio para prevenir daños o asegurar la efectividad de la pretensión.

Conforme a lo anterior, se hace necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual expresa que “El juez asumirá la dirección del proceso adoptando 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 que a través de este artículo en concordancia con el artículo 590 literal c del Código General del Proceso, el juez laboral proteja derechos fundamentales que se vean afectados en materia pensional, como lo son la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

Para la elaboración este trabajo, se efectuó un rastreo bibliográfico que permitió encontrar un buen número de material investigativo que comprende trabajos de grado, artículos y libros. En estos textos, se destaca la posibilidad que tiene el juez en materia laboral, de acudir a las medidas cautelares innominadas para proteger las acreencias laborales de los trabajadores. Cada uno de los autores implementó diferentes metodologías y construyó diferentes argumentos, los cuales, en muchos casos, resultaron similares, pero, en muchos otros, contrapuestos, no obstante, en el campo de la seguridad social, aún estamos constituyendo este arduo camino.

En este orden de ideas, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la aplicación en materia laboral de la figura de la medida cautelar innominada consagrada en el artículo 590 literal c, del Código General del Proceso, para que el juez ordinario laboral decrete como medida cautelar innominada el reconocimiento provisional de la pensión, en protección de derechos fundamentales.

El trabajo se adelantará bajo un método de investigación analítica, valiéndose de un paradigma positivista, toda vez que, lo que se pretende es dar aplicación a las medidas cautelares innominadas establecidas por el Código General del Proceso en materia laboral, a través de la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y acceso a la administración de justicia, de la mano del principio protector, para que de este modo se analice el vacío que se presenta con las medidas cautelares en el ámbito de la seguridad social, y se pueda cumplir el objetivo planteado, brindando varias conclusiones.

Debe señalarse que, esta investigación es conveniente y relevante socialmente, toda vez que sirve para ilustrar y orientar al juez director del proceso en materia laboral y de la seguridad social, como a los abogados litigantes, que puede hacer uso de esta herramienta para proteger derechos fundamentales como es el mínimo vital en el reconocimiento de la pensión de manera transitoria desde el inicio del proceso judicial, sin tener que acudir al juez constitucional; ampliando además, los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional para la aplicación en materia laboral de estas medidas cautelares innominadas.

Así las cosas, se puede concluir que, en el campo de la seguridad social, se hace necesario la existencia de una medida cautelar innominada, como lo es el reconocimiento de la prestación económica de manera provisional, para que por medio de la jurisdicción ordinaria se de protección a derechos fundamentales, sin tener que acudir al juez constitucional.

## 1. Origen, definición y clasificación de las Medidas Cautelares

En este primer título, se hablará brevemente de la creación de las medidas cautelares en su contexto amplio, junto con su clasificación; asimismo se dará a conocer cómo es su aplicación en la legislación colombiana, incluyendo el manejo que se les da en el campo laboral, para posteriormente hablar de las medidas cautelares innominadas y la importancia de su implementación en materia del derecho laboral y de la seguridad social, como lo ha enseñado la Corte Constitucional en sentencias C-043 y C-192 de 2021.

Para comenzar, es necesario explicar de dónde proviene el origen de la palabra *cautelar*, remitiéndonos a lo indicado por Rey Cantor & Rey Anaya, citado por Contreras, en donde se expresa que:

Cautelar (del latín *cautela*) es un verbo transitivo, indica “prevenir”, “precaver”. Y *Cautela* (del latín *cautela*, de *catus*, *cauto*) “precaución y reserva con que se procede”. *Cautelar*, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. “Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”. A su vez el término “precaver”, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo. (Contreras, 2015, p. 127)

Sin lugar a dudas, la palabra más dominante en el texto reproducido, es prevenir, la cual nos da paso para poder señalar que el origen de la expresión cautelar descende de la figura del derecho romano, *pignoris capio*<sup>3</sup>, que traduce, toma de prenda, concepto por medio del cual se tomaba determinado bien como garantía de que el deudor cumpliera su compromiso, siendo en su momento una acción lícita en

---

<sup>3</sup>La "*pignoris capio*", surgida por costumbre, común en los pueblos primitivos, fue aceptada por las XII Tablas para ciertas materias religiosas, militares y fiscales, y siempre pronunciando solemnes palabras en el momento de apoderarse de la garantía que se le tomaba al deudor. Al abolirse el sistema de las acciones de la ley, la "*pignoris capio*" pasó al sistema formulario con diversas modificaciones y aun cuando subsistieran casos todavía típicos como el del senado-consulto de Pago Montano y en la *Lex metalli Vipas-censis*. <https://universojus.com/definicion/pignoris-capio>

donde el acreedor aseguraba su pago; igualmente, con esta figura se autorizaba a tomar prenda en favor de los publicanos o cobradores de impuestos del Estado, contra los que debían pagarlos. (Enciclopedia Jurídica, 2020)

Como resultado del surgimiento y aplicación de esta figura, entre muchas otras, y con el paso del tiempo, se puede decir que se fue forjando cada vez más la idea de la prevención o precaución, resultando lo que hoy en día se conoce como **medida cautelar**, que está encaminada a garantizar el respeto de varios principios constitucionales, de los cuales nos referiremos posteriormente, como también en búsqueda de la protección de los derechos de las personas que ostentan una especialísima protección constitucional.

Ahora, en la actualidad, la Comisión Interamericano de Derechos Humanos ha señalado que la medida cautelar es un “instrumento efectivo de protección y prevención ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos de personas que enfrentan situaciones de riesgo inminente”, y que, desde la creación de la Comisión, siempre se ha requerido a los Estados para que adopten medidas de protección para evitar que la vida o la integridad personal se vean comprometidas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s.f.)

De acuerdo a lo anterior, se podría decir en principio que las medidas cautelares están instituidas con el fin de prevenir un posible daño y poder adoptar disposiciones para que se garantice el derecho abstracto que tiene toda persona de una tutela judicial efectiva.

Por otro lado, frente al empleo de las medidas cautelares, el jurista italiano Piero Calamandrei expuso que la función de las *providencias cautelares*<sup>4</sup> “nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia,

---

<sup>4</sup> Nombre que le otorga Piero Calamandrei, debido a que en el proceso se obtiene una providencia cautelar, la cual no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo de proceso.

para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva". (Calamandrei, 1984)

Ahora, la Corte Constitucional, frente a estas medidas estableció que:

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 controvertido. (Sentencia C-379, 2004)

Del mismo modo, la Corte Constitucional dispuso que estas tienen un alto sustento constitucional, ya que se desarrolla el principio de eficacia de la administración de justicia, y son una herramienta adicional para acceder a la administración de justicia, apuntando a la igualdad procesal. (Sentencia C-379, 2004)

No obstante, no se puede dejar de lado, lo insistente que ha sido la Corte Constitucional en el sentido de ser muy cuidadosos con la aplicación de estas medidas, ya que pueden llegar a perjudicar el derecho de defensa y debido proceso de la otra parte que aún no ha sido vencida en un juicio.

En lo que se refiere a la clasificación de medidas cautelares, a grosso modo, estas se pueden catalogar en: personales, patrimoniales, sobre actos jurídicos, nominadas, innominadas, conservativas e innovativas; pero para el caso objeto de estudio, nos abarcaremos solo en las medidas *cautelares innominadas o atípicas*,

en donde es el juez quien crea la medida y señala la forma como debe materializarse. (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2014).

### **1.1 Incorporación de las medidas cautelares innominadas en el derecho colombiano.**

Lo primero que hay que señalar es que, si bien el legislador consagró en nuestro ordenamiento jurídico una variedad de medidas cautelares, las mismas con la evolución de los conflictos sociales se han visto truncadas en su aplicación, por tal razón, nuestro Código General del Proceso dispuso en su artículo 590 literal C, la implementación de las medidas cautelares innominadas desde la presentación de la demanda, indicando que el operador jurídico puede decretar:

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. (Codigo General del Proceso, ley 1564 de 2012)

¿Pero de donde surgió este propósito de amparar el derecho objeto del litigio?; para Parra (2012), el origen de estas medidas, surge del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, el cual señala que:

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 fondo.** (Negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, para el procesalista Parra Quijano, el legislador nunca debió regular todas las medidas cautelares, toda vez que, es el juez quien logra entender la situación que se está viviendo en el momento.

Así pues, nuestro el Código General del Proceso, amplió el régimen cautelar vigente<sup>5</sup>, y regresó al juez director del proceso la facultad de decretar cualquier tipo de medida cautelar en protección del derecho objeto de litigio, pero haciendo hincapié que éste debe estar en riesgo, debiéndose observar el factor necesidad, del cual nos ocuparemos más adelante.

Ahora, la constitucionalidad de esta norma parte de lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual señaló:

No obstante que, en atención a la naturaleza de los distintos procesos, no existe una exigencia constitucional para que en todos ellos se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, y corresponde al legislador, cómo se ha dicho, dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, adoptar las definiciones correspondientes, encuentra la Corte que cabría, eventualmente, estimar un reproche de inconstitucionalidad, cuando en determinados supuestos, la disposición acusada ciertamente privase de toda protección cautelar a un derecho litigioso, el cual por consiguiente, quedase expósito, sin que hubiese manera de asegurar la efectividad del fallo estimatorio, no obstante que de manera objetiva fuese posible establecer la concurrencia de los requisitos que habrían permitido al legislador hacer previsión al respecto. (Corte Constitucional, Sentencia C-039, 2004)

De lo reproducido se hace evidente que la Corte abre el panorama taxativo de las medidas cautelares y da el aval de su aplicabilidad por parte de los jueces, al proponer que en todo ordenamiento jurídico se busca que se puedan aplicar

---

<sup>5</sup> Embargo, secuestro e inscripción de demanda

medidas cautelares atípicas, pero de una manera prudente y ajustada a derecho, así sea solo el legislador, el único que goce de libertad para su regulación.

## **1.2 Medida cautelar en materia laboral y su constitucionalización.**

Es importante señalar que, la única medida cautelar dispuesta en nuestro Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es la consagrada en el artículo 85A que fue modificada por el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, la cual reza:

Cuando el demandado, en proceso ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente proceso entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar. (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 1948)

Con este artículo, se creó la posibilidad para el trabajador, como parte débil de la relación laboral, salvaguarde sus derechos mínimos e irrenunciables, dotándolo con una medida cautelar para que no sea obstaculizado su derecho y logre la efectividad de la sentencia.

Para la Corte Constitucional, este articulado se ajustó rotundamente a la Carta Política, toda vez que proviene del órgano competente, pues corresponde a éstos “en cumplimiento de la garantía al debido proceso que otorga la Carta Política en el artículo 29, instituir medidas cautelares que se acompasen con la obligación del Estado para la protección al trabajo en todas sus modalidades, protección que debe extenderse al procedimiento laboral.” (Corte Constitucional, Sentencia C-379, 2004)

De igual forma, consideró que esta medida no vulnera el debido proceso ni constituye una violación del derecho de defensa como tampoco desconoce el acceso a la administración de justicia del demandado, ya que es el operador jurídico quien debe realizar una valoración y análisis de las pruebas tendientes al reconocimiento de la procedencia de la imposición o no de la medida, decisión que admite recursos. (Sanchez Cipazuca, 2021).

Así las cosas, el legislador introdujo un instrumento de defensa en los procesos laborales, para tratar de equilibrar la balanza, no obstante, en mi sentir se quedó corto en la búsqueda de la materialización del derecho, lo que les abre campo a las medidas cautelares innominadas.

### **1.3. Medidas cautelares Innominadas en el ámbito laboral y de la seguridad social.**

Se debe tener claro que, en principio la medida cautelar innominada no está regulada en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que se hace ineludible recurrir a la regulación del Código General del Proceso, por aplicación analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para poder aplicar la misma en defensa de los derechos del trabajador.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en materia laboral existe norma expresa que se refiere a las medidas cautelares, y que para decretar una medida cautelar se requiere la evaluación de la conducta del demandado. (Corte Suprema de Justicia, STL 2680, 2018)

Por otro lado, la Corte Constitucional en aplicación del principio de igualdad, determinó que en el proceso ordinario laboral es viable ordenar las medidas cautelares innominadas previstas en el artículo 590, numeral 1, literal c, y en este sentido condicionó la exequibilidad del artículo 37 A de la ley 712 de 2001, que

modificó el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, manifestando lo siguiente:

En tal sentido, la Sala considera que existe otra interpretación posible de la norma acusada que permite garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables del proceso laboral y también superar el déficit de protección evidenciado. Consiste en sostener que el art. 37A de la Ley 712 de 2001 sí admite ser complementado por remisión normativa a las normas del CGP, dado que el primero no contempla una disposición especial que proteja preventivamente los derechos reclamados en aquellos eventos donde la caución es inidónea e ineficaz. Aplicación analógica que procede únicamente respecto del artículo 590, numeral 1º, literal “c” del estatuto procesal general, es decir, de las medidas cautelares innominadas, por las siguientes razones. (...)

La posibilidad de aplicar analógicamente las medidas cautelares innominadas del proceso civil en el laboral se debe a que con ellas el legislador responde “a la variedad de circunstancias que se pueden presentar en el proceso, por lo que resultan idóneas y eficaces para prevenir daños y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores en sus distintas dimensiones.

En efecto, la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador. Es a través de este tipo de medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de

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. (Corte Constitucional, Sentencia C-043, 2021)

Bajo estos lineamientos, no hay duda de la aplicabilidad del numeral 1° del literal c del artículo 590 en el proceso laboral, que amplía el espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Juez Laboral, tanto es así, que la Corte Constitucional reiteró la posición de la sentencia C-043 de 2021, en donde expuso que era viable ordenar las medidas cautelares innominadas previstas en el Código General del Proceso, en la sentencia C-192 de 2021.

De esta manera, no se debate que las medidas cautelares innominadas tienen cabida en el derecho laboral y de la seguridad social, siendo necesario redundar en el concepto de trabajo, el cual es un derecho de carácter social, que está amparado en nuestra Constitución Política por principios como el de favorabilidad, indubio pro operario, condición más beneficiosa, entre muchos otros, que protegen derechos mínimos irrenunciables, los cuales están instituidos por la Organización Internacional del Trabajo -OIT- en sus convenios 29, 98, 87, 100, 111, 154, y otros.

## **2. Características que debe tener en cuenta el juez ordinario al momento de decretar la medida cautelar innominada, y que también deben ser analizadas en materia pensional.**

Como se pudo observar en los anteriores acápite, la Corte Constitucional abrió las puertas para que en materia laboral se pudieran aplicar las medidas cautelares innominadas, de esta manera se hace necesario que el juez ordinario laboral, examine las particularidades que se encuentran consagradas en el inciso tercero del literal c del artículo 590 del Código General del Proceso, que establece lo siguiente:

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. (Codigo General del Proceso, ley 1564, 2012).  
(Negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo transcrito, la medida cautelar innominada debe transitar e ir cumpliendo una serie de requisitos que se le impone estudiar al juez, elementos que se detallaran a continuación:

### **2.1. El buen derecho.**

Con respecto a este requisito, la Corte Constitucional ha expresado que, en ordenamientos jurídicos como el español, la ley hace tres exigencias, y entre ellas está la existencia de “la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia”. (Corte Constitucional, C-490, 2000)

De igual manera, el Consejo de Estado, ha señalado:

La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris** y periculum in mora. El primero, o apariencia de buen derecho, **se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho**. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.

(Consejo de Estado, expediente N° 2014-03799, 2015) (Negrilla fuera del texto)

Así mismo, esta Alta Corte, en la sentencia 00291 de 2018, frente al tema, evocó lo expresado en providencia de 13 de mayo de 2015, expediente número 2015-00022, en donde sostuvo:

Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses. (Consejo de Estado, Sentencia 00291, 2018)

Se tiene pues que, la apariencia del buen derecho como lo explican Laguado & Vargas (2015), es un examen superficial de la pretensión, para analizar si es

fundada y conveniente; trayendo a colación lo señalado en la Guía de expresiones latinas de la Universidad de Oxford, el cual expresa que el *fumus boni iuris* es la “prueba o evidencia superficial de una petición, argumento o razón”.

Ahora bien, para decretar una medida cautelar innominada, no es necesario que se tenga pleno conocimiento y de manera absoluta de la existencia del derecho perseguido, pues de ser así “valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud” (Piero Calamandrei, 1984, p. 77), es decir, se debería esperar mejor el pronunciamiento de fondo.

Conforme a lo anterior, Calamandrei (1984), también señala que “en lugar de buscar la certeza de ese conocimiento, lograda únicamente a través de largas investigaciones, las providencias de medidas cautelares deben contentarse con un conocimiento más expedito y superficial (*summaria cognitio*), denominado por el autor apariencia de buen derecho”.

De esta manera no hay duda alguna que, el *fumus boni iuris*, es una de las características fundamentales en la procedencia de la medida innominada, y es por tal razón que, en materia pensional, es el juez ordinario, el que debe procurar que el reconocimiento provisional de la pensión como medida cautelar innominada sea probable, siempre y cuando, cumpla con unos medios de prueba mínimos, para que nazca transitoriamente el derecho pensional a la vida jurídica.

Así pues, un ejemplo de la figura de la apariencia del buen derecho en materia de seguridad social, se puede ver claramente en pensiones de invalidez, en donde el solicitante afirma que es una persona inválida, corroborándose con un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%<sup>6</sup>; que está en imposibilidad de trabajar, apreciándose con la historia clínica y su enfermedad catastrófica; y que posee el

---

<sup>6</sup> Requisito establecido en el artículo 38 de la ley 100 de 1993

requisito exigido de semanas cotizadas<sup>7</sup> bajo la normatividad vigente en su historia laboral; pudiéndose analizar el reconocimiento del derecho bajo las figuras jurisprudenciales de la condición más beneficiosa o la capacidad laboral residual.

## 2.2 La necesidad.

Este requisito, va de la mano con el latinazgo *periculum in mora*, que es un criterio que describe el Consejo de Estado como “perjuicio de la mora”, en donde “exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho”, en otras palabras, se requiere de la medida innominada para evitar un perjuicio. (Consejo de Estado, Sentencia 00291, 2018)

En lo que tiene que ver con el concepto de *periculum in mora*, Escobar & Villota, 2017, señalaron:

El *periculum in mora* que ha sido concebido, desde tiempo atrás, **como el riesgo en la tardanza del proceso** en el cual si la providencia acoge las pretensiones del demandante y en ese momento, así haya sido recurrida, recae sobre los bienes del demandado, es posible -y de hecho muy probable- que tome medidas para alzar sus bienes y así dificultar la labor del demandante para satisfacer los intereses que esperan ser plasmados en la decisión judicial, razón por la cual, por cautela, prevención, desconfianza, recelo, en fin, se solicita que la situación de ciertas personas o ciertos bienes quede a órdenes del Despacho de conocimiento y evitar que queden al arbitrio del demandado. (Negrilla fuera del texto)

Por otro lado, para Lenguado & Vargas (2015), en cuanto a la necesidad de la medida innominada, indican que:

---

<sup>7</sup> Artículo 1° de la Ley 860 de 2003 “Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

La necesidad de la medida se concreta en que esta sea la medida indispensable para la consecución del fin legítimo perseguido, y tal indispensabilidad se predica de dos supuestos: que la medida sea la menos gravosa para el derecho fundamental afectado entre otras medidas que resulten igualmente idóneas, o que no exista ninguna otra medida que ofrezca la idoneidad que ofrece la medida, en otras palabras se busca el medio más benigno dentro de una evaluación de medios similares al escogido en el criterio de adecuación.

Así pues, esta característica, se limita a la inmediatez en la protección que se le da al aparente derecho perseguido que está en riesgo, por tal razón, de no existir amenaza frente a tal derecho, no será procedente la medida innominada. Y es por esta razón, que este requisito cobra tanta importancia en materia de la seguridad social, pues tanto en la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes, se puede ver afectada la congrua subsistencia de un afiliado o beneficiario.

### **2.3 La efectividad.**

Esta condición se refiere a que la medida debe tener capacidad para obtener los resultados esperados, caminando de la mano con la acepción de eficacia, que para el doctrinante colombiano Hineyrosa (1999), significa la “fuerza, aptitud para producir efectos”, es decir, que la medida cautelar innominada debe generar efectos jurídicos.

Asimismo, Escobar & Villota (2017), citado por Clavijo (2018), indica frente a esta característica que debe contar con “*la capacidad o habilidad para alcanzar los resultados esperados, ello se refiere a la experiencia o destreza que presenta para lograr los objetivos previstos en las normas sustanciales, a través de unos actos organizados*”.

De esta manera, en lo que respecta al área pensional, la prestación económica otorgada provisionalmente como medida cautelar innominada, busca ser efectiva para proteger el derecho al mínimo vital, bien sea como garantía del derecho mínimo a una persona de la tercera edad sin recursos económicos, en el riesgo vejez; al afiliado que padece una enfermedad catastrófica, degenerativa o congénita con una pérdida de capacidad laboral que no le permite generar ingresos económicos, en el riesgo invalidez; o debido a que la persona beneficiaria era dependiente económicamente de forma total del causante, en el riesgo de sobrevivencia.

#### **2.4 La proporcionalidad.**

Este elemento, tiene una carga probatoria que recae en el peticionario de la medida innominada, ya que debe explicar la armonía existente entre lo solicitado, el derecho con respecto al patrimonio del demandado sobre el cual recae la medida, y lo que busca perseguir, esto con el fin de demostrar que no se incurre en algún tipo de **abuso con el decreto de la medida**. (Escobar & Villota, 2017)

Frente a este requisito, la Corte Constitucional, en el campo penal, ha manifestado que la medida siempre debe respetar el principio de proporcionalidad, “esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos”. (Corte Constitucional, Sentencia C-822, 2005)

Para Suarez & Vallejo (2016), citado por Segura & Villamil (2019), en cuanto a este concepto, manifiestan, que:

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

Ahora, en el campo pensional, quizá es uno de los elementos más relevantes, toda vez que al analizar la prosperidad la medida cautelar innominada no se deben observar las pretensiones principales y subsidiarias en su conjunto, sino se debe partir de la protección del derecho mínimo afectado, esto es, amparar el mínimo vital con una prestación económica en cuantía de un salario mínimo, sin observar, la causación y disfrute del retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, u otros conceptos derivados del derecho a la pensión.

## **2.5 Ejercicio intelectual del juez.**

En este escenario es ineludible poner en juego el análisis que debe desarrollar el juez, para establecer la viabilidad de la medida solicitada, o de ser necesario como lo consagra el mismo artículo 590 en su literal C, mirar si se debe dar “la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

Es así como en este punto, existe un reto tanto para el juez como para la parte, para que se identifique si la medida innominada es necesaria para proteger los intereses perseguidos, sin abusar del derecho de defensa o debido proceso, y es por tal razón, que debe analizarse a profundidad cada una de las características anteriores, sin embargo, debe dejarse claro que, es el interesado, quien debe elevar la solicitud al juez desde la presentación de la demanda.

De esta manera, podemos efectuar una síntesis de todas las características necesarias para decretar una medida cautelar innominada en materia pensional, partiendo de la posición del juez laboral, el cual debe observar en principio la legitimación de las partes, para saber si el peticionario puede ser titular del derecho (buen derecho) y que el demandado sea quien deba reconocer el mismo; el interés para actuar del solicitante de la medida innominada, debido a que se ve amenazado su mínimo vital (tema que se analizará en el último título), resaltando que éste requisito va de la mano con la necesidad para la aplicación de la medida, esto es,

que realmente este en riesgo y se vea afectada su dignidad humana; que la medida sea equilibrada o proporcional, teniendo en cuenta que aún no es una sentencia de fondo, la cual conllevará el estudio de otras pretensiones subsidiarias; y que por último, realmente sea una medida que garantice la efectividad del derecho y persista mientras sea resuelto en definitiva el total de pretensiones.

### **3. Derechos, principios y prerrogativas que ostenta el juez ordinario en materia laboral para la procedencia de las medidas cautelares innominadas, y la posibilidad de decretar una medida cautelar atípica en el campo pensional.**

De la mano de los párrafos antecesores, en este último apartado se examinará la facultad que posee el juez ordinario como director del proceso en el campo laboral, de proteger un derecho fundamental como lo es el de la seguridad social, reconociendo la pensión de manera provisional como medida cautelar atípica, en procura del amparo al mínimo vital de un afiliado o beneficiario que, solo pretende que al final de su vida laboral o en el transcurso de la misma, se vean salvaguardados sus derechos de manera digna y plena.

En principio se debe señalar que la ley 100 de 1993, consagra la aplicación preferencial, en el sentido de que no tendrá aplicación de esta ley, cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, adquiriendo validez y eficacia, los principios mínimos fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política, dentro de los cuales se establece la garantía a la seguridad social y situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. (Ley 100, 1993, Art. 272).

El párrafo precedente se trae a colación, debido a que tenemos la creencia que el único guardián de derechos fundamentales es el juez constitucional, sin embargo, los principios constitucionales y la ley 100 de 1993, abren la puerta para que el juez laboral en un proceso ordinario, aplique las medidas que crea necesarias, para

garantizar el derecho a la seguridad social, que va de la mano con el derecho al mínimo vital y vida digna, con el fin de proteger la congrua subsistencia de la persona peticionaria.

No se puede dejar de lado, que nuestra Carta Política, estableció que “la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley” (Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 48.); debiéndose garantizar este derecho a toda persona que lo requiera, siempre y cuando, cumpla con unos **requisitos mínimos de procedencia**, entendiéndose estos, como las condiciones sin cuya concurrencia no puede darse el reconocimiento provisional del derecho pensional, que en cierto sentido se puede asemejar al concepto de “mecanismo transitorio” que otorga la acción de tutela, para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, para examinar la procedencia de la medida cautelar innominada acá perseguida, se hace necesario estudiar además de la apariencia del buen derecho, la necesidad, la efectividad y la proporcionalidad, los siguientes temas, los cuales, sin duda alguna, deben ser desarrollados por el juez ordinario para tener certeza y confianza para decretar la medida cautelar innominada aquí estudiada.

### **3.1. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.**

Es importante iniciar manifestando que, este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho (Sentencia C-086, 2016), el cual es de aplicación inmediata y que forma parte del núcleo esencial del debido proceso<sup>8</sup>, toda vez que es un derecho abstracto que posee toda persona para acceder a la administración de justicia, y solicitar que se ejerza la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a través de una resolución judicial.

---

<sup>8</sup> Artículo 29 de la CP: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Frente al concepto de tutela judicial efectiva y el diseño de procesos judiciales establecido por el Legislador, nuestra Corte Constitucional, consagra que:

La tutela judicial efectiva ha sido considerada “expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado” y “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho”. Encuentra sustento no solo en el texto de la Carta Política sino en los instrumentos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad. Su vínculo con el Preámbulo es de primer orden al estar “directamente relacionada con la justicia como valor fundamental de la Constitución”. Apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP), entre ellos garantizar la efectividad de los derechos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas. Además, su consagración expresa como derecho de toda persona refuerza la valía que quiso darle el Constituyente de 1991 en el ordenamiento jurídico. (Sentencia C-086, 2016)

Para Jesús González Pérez, el cual es citado por Camilo Piedrahíta, en su artículo Conciliación, Descongestión y Oralidad Laboral, Entre la Tutela Judicial Efectiva y la Crisis de la Justicia, señaló que:

La tutela judicial efectiva, es el derecho de toda persona “a que se le haga justicia”, por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas, y la justicia es uno de los fines del ordenamiento jurídico. De lo anterior se desprende que la misma tenga, al menos, tres momentos: el acceso libre, la defensa y celeridad durante el mismo y la efectividad del fallo. (Piedrahita, 2010)

Frente a este derecho, el Código General del Proceso, señala que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable”. (Ley 1564, 2012. Art. 2); y aunado a ello, nuestra Carta Política, es enfática en indicar que se debe garantizar a toda persona el derecho al acceso a la administración de justicia. (Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 229).

En un campo más amplio, el documento de trabajo de la OIT del año 2020, define este derecho de la siguiente manera:

El derecho de todo trabajador, frente a un desconocimiento o controversia de derecho relativos a su condición, ser oído y atendido sin condicionamientos ni trabas económicas o de otro orden y a que su caso sea resuelto de modo sencillo, rápido o dentro de un plazo razonable, ante un tribunal competente, independiente, imparcial y especializado, mediante el pleno ejercicio del derecho de defensa y de acuerdo con la naturaleza del derecho sustancial, en igualdad de condiciones procesales y mediante una resolución suficientemente motivada en derecho. Se le agrega, el derecho a recurrir de modo amplio y sin limitaciones y al cumplimiento o ejecución del derecho reconocido de modo igualmente rápido. Asimismo, en la medida de que muchos conflictos son tratados en etapa prejudicial directa ante un empleador, ante órganos o tribunales administrativos o de otro orden, es igualmente obligatorio el respeto del derecho tutelar en esta instancia. (Arese, 2020)

Recogiendo todas las definiciones y perspectivas anteriores, puede afirmarse que la tutela jurisdiccional efectiva va de la mano con el principio de igualdad frente a los estrados judiciales, conllevando una estricta sujeción a los procedimientos ya establecidos y en acatamiento de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

En lo que respecta al campo de la seguridad social, sin duda alguna, este derecho otorga una protección efectiva a derechos mínimos e irrenunciables como lo es la pensión en todos sus riesgos, debido a que su reconocimiento garantizará el amparo al mínimo vital y vida digna, el cual puede ser protegido de manera oportuna y eficaz por un juez ordinario, sin necesidad de entablar una acción constitucional, siendo necesario recalcar, que la tutela es un mecanismo subsidiario como lo dispone el inciso 4° del artículo 86 de la nuestra Constitución Política, y solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, y como podemos observar, se puede salvaguardar a través de una medida cautelar innominada.

### **3.2. Principio protector.**

Para comenzar a hablar de este principio, nos debemos remitir al artículo 53 de nuestra Carta Política, el cual establece un sin número de principios, enunciados de la siguiente manera:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 53)

Lo plasmado en el anterior artículo, tiene un carácter proteccionista que se da en el campo laboral y de la seguridad social, debido a que el afiliado o trabajador, tiene una desigualdad en muchos aspectos, que lo sitúa en una posición de inferioridad

frente a poderes que goza la contraparte, por tal razón, el principio protector despliega un conjunto de reglas y medios técnicos para poner límites al ejercicio de la posición predominante de ésta, entregándole herramientas al trabajador o afiliado para su amparo.

Así pues, este principio ha sido catalogado como un instrumento de defensa frente a un superior, que puede ser el empleador o en este caso objeto de estudio la administradora de pensiones, quien también posee obligaciones a favor de sus trabajadores o afiliados, y es por esto, que el mismo artículo 53, ya citado, en su inciso 5, señala que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, **no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores**”, debiéndose eliminar la postura escueta de entender que la seguridad social es una especie de contrato de seguro, en donde el pago de la cotización es el único camino para recibir la protección del riesgo amparado, sino que debe entenderse como una garantía constitucional que se estableció para salvaguardar los derechos de los trabajadores. (Hernández & Reyes, 2014).

Este principio protector se emplea en los casos de mora del empleador en las cotizaciones del trabajador, en donde se logra ver afectado el afiliado, debiéndose ordenar el reconocimiento de la prestación económica por parte de la administradora, teniendo en cuenta incluso la jurisprudencia reiterada por la Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>, la cual ha manifestado que las cotizaciones en pensiones son un derecho imprescriptible; siendo entonces la administradora quien deba repetir en contra del empleador, con su mecanismo de cobro coactivo dispuesto en el artículo 24 de la ley 100 de 1993.

Sin embargo, así nuestro ordenamiento jurídico establezca su carácter proteccionista, aún se encuentran algunos vacíos, ambigüedades o lagunas en nuestras normas, que impactan de cierto modo este principio protector, y es por

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencias SL792-2013, SL7851-2015, SL1272-2016, SL2944-2016, SL16856-2016, SL738-2018, STL625-2019, STL9637-2021, entre muchas otras.

esto, que se hace fundamental la presencia de medidas cautelares atípicas que ayuden al pleno ejercicio de este principio. (Fajardo, Lopez & Vásquez Sánchez, 2020).

De igual forma, al juez laboral se le han impuesto obligaciones en lo que se refiere a la justicia social, es decir, debe proteger derechos que van más allá<sup>10</sup> de lo perseguido en el escenario procesal, amparando el derecho al mínimo vital y vida digna, al reconocerse provisionalmente una prestación económica; y si bien en los estrados judicial existe igualdad entre las partes, también coexisten las facultades oficiosas para decretar las medidas que sean necesarias para proteger un derecho esencial. (González, 2021)

En este orden de ideas, este principio, es de vital importancia que un juez ordinario en materia de seguridad social lo examine en la aplicación de la medida innominada acá pretendida, toda vez que lo que se busca, es que, en armonía con todo el ordenamiento jurídico, se amparen de manera anticipada los derechos fundamentales de la parte débil del proceso, quien es el afiliado, pudiéndose alcanzar una igualdad procesal frente a la parte demandada.

### **3.3. Facultad del juez como director del proceso.**

En este acápite, nos debemos remitir a los poderes que posee el juez, y uno de ellos es ser director del proceso, como tal, se hace necesario reproducir el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual reza: “El juez asumirá **la dirección del proceso** adoptando **las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales** y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”. (Negrilla fuera del texto).

---

<sup>10</sup> Poderes ultra y extrapetita.

Debe tenerse en cuenta que el juez ordinario también es revestido del poder constitucional, debiendo ser garante de los derechos fundamentales, y no solo su estudio se limita al análisis de acciones constitucionales.

De acuerdo a lo anterior, el juez ordinario laboral adquiere un nuevo desafío, el cual consiste en proteger derechos sustanciales, sin desconocer otros derechos como es el debido proceso, el principio protector y las formas propias de cada trámite; en palabras de Carnelutti (2002), quien es citado por Vargas (2021), señala que:

Para orientarse en el laberinto de los códigos, el juez no solo debe tener un conocimiento profundo de ello, sino que debe poseer la perspicacia que le permita captar de una mirada la semejanza entre el hecho que ha conseguido establecer y la hipótesis, es decir el caso previsto por la ley. (Vargas, 2021)

Para el abogado Juan Guillermo Herrera Gaviria, en lo que respecta a las facultades que posee el juez director del proceso, señala:

El juez tiene amplias facultades de accionar para la defensa del derecho fundamental y ello surge de la categoría misma de los derechos protegidos y de la naturaleza del sujeto protegido, pues la condición del trabajador surge como un escudo en varias direcciones, pues es a él a quien la norma manda proteger, ello sin descartar que en algunos eventos se vea comprometido el derecho fundamental de un empleador, lo que impondría tomar las medidas necesarias para protegerlo como ciudadano, pero sin olvidar que el sujeto digno de protección "especial" es el trabajador que ordinariamente es el débil económico, tal como manda el artículo 13 de la Constitución Nacional, por ello valga concluir que las medidas que se pueden tomar por el juez son todas aquellas que permitan el desarrollo de la persona en el marco de la suma de derechos de la persona misma, esto es, los derechos fundamentales, ello siempre con la ponderación y la medida que son necesarios para evitar

afectaciones innecesarias de las personas, las empresas y los patrimonios sociales y con un principio de prueba razonable. (Herrera, 2012)

Así pues, con la potestad que tiene el juez como director del proceso, se entrelazan las facultades legales del **juez ordinario** y la protección de derechos fundamentales que garantiza el **juez constitucional**, pues toda decisión debe ser integra en protección de un solo derecho, y de esta manera es que las medidas cautelares innominadas pueden hacer tránsito en materia de seguridad social, para que un juez ordinario, garantice el respeto de los derechos fundamentales. (Silva, 2013)

No se puede pasar por alto, que si bien, los jueces gozan de este poder de dirección, también están sometidos al imperio de la ley<sup>11</sup>, y es por tal razón que exteriorizan un **gran temor de apartarse de los esquemas ya preestablecidos**, que no les permite decretar esta clase de medidas atípicas, sin embargo, si es aplicado juiciosamente en su conjunto, el estudio del buen derecho, la necesidad, la efectividad, la proporcionalidad, en coordinación con la protección del mínimo vital para prevenir un daño a futuro, es a todas luces válido que el juez ordinario se libere de las ataduras de dicho temor; es por lo anterior, que se verá a continuación el derecho al mínimo vital al considerarse fundamental para el origen de la pensión provisional como medida cautelar atípica.

#### **3.4. Derecho al mínimo vital como fundamento esencial para que proceda la medida cautelar innominada en materia pensional.**

Es importante manifestar que, si bien se dejó de último este derecho el cual debió ser abordado de manera principal, su orden no significa que sea de menor transcendencia para lo acá pretendido, sino por el contrario, este derecho es el que permite que la pensión provisional como medida cautelar innominada sea el puente para el reconocimiento de la prestación económica en cuantía de un salario mínimo, desde la admisión de la demanda, como se pasará analizar.

---

<sup>11</sup> Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

Debe partirse que, el surgimiento de este derecho a la vida jurídica, se dio a través de una creación jurisprudencial, en donde era aplicado de manera conexa con el derecho a la vida y a la salud, para proteger derechos económicos como es el derecho a la pensión, no obstante, hoy en día se aplica de manera directa sin estar consagrado en nuestra Carta Política.

Para la Corte Constitucional, este derecho ha sido definido como:

La porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional. (Sentencia T-678, 2017).

Asimismo, esta Alta Corte ha señalado, que es posible a través del mecanismo de tutela que se dé la protección al derecho al mínimo vital para afiliados quienes están en busca de que se les reconozca y pague la mesada pensional de manera eficiente y oportuna, pudiendo enunciar las siguientes sentencias: C-252 de 1995; SU-111 y SU-022 de 1998; C-518 y SU-995 de 1999; SU-090 de 2000; C-103 de 2004; C-862 de 2006; y T-229 de 2007, entre muchas otras.

Conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, se marcaron unos parámetros para que salga avante la protección del derecho a la pensión por afectar el mínimo vital, entre los cuales se tiene, el incumplimiento del pago de la mesada; la necesidad directa de la prestación económica para la supervivencia del afiliado y su núcleo familiar; que sea el único ingreso del afiliado; la afectación de la calidad de vida por el no pago de la mesada pensional; y en los casos de la pensión de sobrevivientes, la dependencia económica de la familia. (Goyes & Hidalgo, 2012).

Ahora bien, no hay duda que el juez constitucional tiene todo el campo de acción para salvaguardar el derecho a la pensión de una persona que así lo demuestre, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, pero, ¿Por qué congestionar el aparato judicial en el campo constitucional, si puedo acudir ante el juez ordinario conocedor de la materia de seguridad social, que me puede estudiar más profundamente mi derecho perseguido?

Se tiene pues, que lo que justifica aún más la procedencia de la medida cautelar innominada, es la existencia de un daño ante el retardo en la emisión la sentencia, por tal razón, el estudio de la afectación al mínimo vital de una persona, es sin duda alguna, el que permite que un juez ordinario decrete la medida innominada acá reclamada.

Como se estableció en el título precedente, es el juez como director del proceso, quien debe velar por el respeto de los derechos fundamentales, adoptando **las medidas que sean necesarias**, en las que se deben incluir las medidas cautelares atípicas, sin temor a que, realizado el examen final, no se cumplan los requisitos para el derecho de manera definitiva.

En el título inicial, se dejó claro que nuestro Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTYSS), tiene regulación expresa en lo que concierne con las medidas cautelares, no obstante, no consagra las medidas cautelares innominadas o atípicas, por lo que, con los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, de la mano con el artículo 145 del CPTYSS, se estableció que se podía acudir a esta figura que consagra nuestro Código General del Proceso, pero la preguntas es ¿Cómo?

Para dar una respuesta a la aplicación de esta medida atípica, el juez en materia laboral y de la seguridad social, no puede dejar de lado que la finalidad de las medidas cautelares innominadas como lo establece el artículo 590 literal c, es la **protección del derecho objeto del litigio** y la **prevención de un daño**; y al integrar

armónicamente este artículo, con el 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es posible la aplicación de éstas medidas innominadas en la esfera del campo de la seguridad social, pues de lo contrario, se estarían vulnerando los derechos y principios anteriormente examinados, en especial el derecho al mínimo vital del afiliado o beneficiario.

Para ilustrar lo anterior, como se expuso en el acápite 3.2, en lo que respecta a la aplicación de la medida cautelar atípica en el caso del reconocimiento provisional de la **pensión de vejez**, esta se puede decretar cuando exista mora en las cotizaciones, en donde el afiliado debe superar unos ciertos requisitos como lo son: que cumpla con la edad exigida; que su situación socioeconómica y vida digna se vean afectados, toda vez que el salario recibido fruto de su trabajo es el único ingreso del hogar y está siendo destinado para la manutención de la alimentación, educación, transporte, vestido y medicamentos, así como para el sustento de su cónyuge o compañero(a) e hijos; y que a pesar de elevar múltiples solicitudes administrativas con las pruebas respectivas de su relación laboral, la entidad administradora niega el reconocimiento pensional; siendo necesaria la protección al mínimo vital del peticionario bajo la figura acá pretendida.

En el caso de la **pensión de invalidez**, la medida cautelar atípica se puede extender en los casos donde el afiliado posee una enfermedad degenerativa y progresiva, que le imposibilite seguir desarrollando su fuerza de trabajo, ostentando una calificación del 50%, pero sin cumplir el requisito de semanas dispuesto por la normatividad vigente; sin embargo, al analizar el buen derecho bajo figuras como la condición más beneficiosa, aunado al examen de la historia clínica y observando la grave situación de salud del peticionario, así como la necesidad de la prestación económica para solventar sus necesidades básicas para proteger su mínimo vital, es procedente la medida acá desarrollada.

Y, por último, en lo que respecta a la **pensión de sobrevivientes**, la medida innominada se puede decretar en los casos de adultos mayores que presentan una

situación de analfabetismo total y que no poseen ningún recurso económico para su congrua subsistencia, debido a que dependían en un todo del afiliado fallecido, siendo la situación del peticionario desfavorable de manera continua a lo largo de su vida, y que, por su desconocimiento en la normatividad, no reclamó su derecho oportunamente, por lo que la medida acá estudiada se hace efectiva y necesaria, para la protección del mínimo vital y vida digna de este adulto mayor.

La protección de los anteriores derechos, se ve aplicada sin temor alguno por el juez constitucional a través de sentencias de tutela como lo son la T-323 de 2018<sup>12</sup>, T-001 de 2020<sup>13</sup>, T-013 de 2020<sup>14</sup>, en donde se emplean elementos que caracterizan a la medida cautelar atípica acá estudiada, como lo es la necesidad en razón de su salud, efectividad al ir de la mano con las condiciones de su debilidad manifiesta, y vulneración al mínimo vital al no ostentar recursos económicos para solventar su diario vivir, y esto con el fin de evitar un “daño” que no es más que el “perjuicio irremediable” en el campo constitucional.

Se tiene pues, que existen muchísimos casos más en donde se puede aplicar la medida innominada perseguida, como lo son en los riesgos de analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia, discapacidad, condiciones psicológicas, desplazamiento, entre otros, no obstante, se repite, es esencial que se observen siempre los requisitos de procedibilidad acá señalados, como son: el buen derecho, la necesidad, la efectividad, la proporcionalidad, la afectación al mínimo vital, y que la medida sea viable para impedir la ocurrencia de un daño irreparable a futuro.

Así las cosas, con el nacimiento de la medida cautelar innominada en materia pensional, se puede concluir que contribuiría en la descongestión y eficacia judicial, y a su vez, evitaría un daño irreparable de la parte débil del proceso, sin ser de recibo que se perciba como un fallo anticipado, pues como se expuso en el transcurso

---

<sup>12</sup> Pensión de invalidez

<sup>13</sup> Pensión de sobrevivientes

<sup>14</sup> Pensión de vejez

de esta investigación, el juez debe mirar tan solo unas características mínimas para la procedencia de la medida atípica, lo cual no se asemeja a una sentencia de fondo ni mucho menos a un prejuzgamiento.

## **Conclusiones**

- La reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>15</sup>, permitió incorporar en el campo laboral las medidas cautelares innominadas, con el fin de que el juez ordinario tenga la facultad de decretarlas si lo considera necesario, para garantizar la protección de derechos fundamentales que puedan verse afectados dentro del proceso.
- Atendiendo a la condición garantista del derecho laboral, se requiere la aplicación de medidas cautelares innominadas en materia de seguridad social, para prevenir un daño que puede ser ocasionado con la mora judicial.
- La medida cautelar innominada del reconocimiento provisional de la pensión, contribuye a la eficaz protección del derecho fundamental a la vida digna y al mínimo vital del afiliado o beneficiarios, como parte débil del proceso.
- Se exalta la labor del juez director del proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, al hacer uso de las medidas necesarias en salvaguarda de derechos fundamentales desde el inicio del proceso judicial, debiéndose verificar el buen derecho, la proporcionalidad, necesidad y eficacia de la medida.
- Es una herramienta útil para los abogados en ejercicio, toda vez que no tendrá que interponer una acción constitucional para la protección de un derecho fundamental, el cual también debe ser garantizado por un juez ordinario condecorador de la materia.
- Se cree que el único guardián de derechos fundamentales es el juez constitucional, debido al temor que presentan los jueces ordinarios en materia de la seguridad social para decretar como medida cautelar innominada la pensión provisional para proteger el derecho al mínimo vital.

---

<sup>15</sup> Sentencias C-043 y C-192 de 2021

- El reconocimiento de la pensión temporal como medida cautelar innominada, no puede ser contemplado como una sentencia anticipada, pues solo se parte de la apariencia del buen derecho, sin el examen de fondo de cada uno de los requisitos que exige el reconocimiento definitivo de la prestación económica.
- Y, finalmente favorecerá a la administración de justicia, pues con la aplicación de esta medida cautelar innominada se contribuye con la descongestión judicial en materia constitucional, ya que, a pesar de sus enormes esfuerzos en todos los ámbitos, sigue siendo insuficiente.

## Referencias Bibliográficas

Arese, C. (2020). *Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur*. Ginebra .

Calamandrei, P. (1984). *Providencias Cautelares*. Buenos Aires, Argentina: Bibliografica Argentina.

Clavijo Meléndez, L. I. (1 de Noviembre de 2018). Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso y sus efectos constitucionales de legalidad y debido proceso. Bogota .

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social . (24 de junio de 1948). *Ley 2158 de 1948*.

Comisión Interamericana de Derecho Humanos. (s.f.). *CIDH*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/decisiones/MC/historia.asp#:~:text=El%20mecanismo%20de%20medidas%20cautelares,competencia%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana>.

Congreso de la República. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100 de 1993. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1)

Congreso de la República. (2012). *Ley 1564 DE 2012*. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Consejo de Estado. (17 de Marzo de 2015). Expediente N° 2014-03799.

Consejo de Estado. (7 de Mayo de 2018). Sentencia 00291 de 2018. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87560>

Consejo Superior de la Judicatura. (2014). Plan de formación de la Rama Judicial. *Las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. (M. A. Álvarez Gómez, Ed.)

Constitución Política de Colombia. (6 de Julio de 1991). Artículo 48. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Contreras Amaya, J. Y. (2015). Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10983/2330>

Corte Constitucional . (1992). *Sentencia T426 de 1992*.

Corte Constitucional . (27 de Enero de 2004). Sentencia C-039.

Corte Constitucional . (10 de Agosto de 2005). Sentencia C-822 de 2005.

Corte Constitucional . (24 de Febrero de 2016). Sentencia C-086 . *Expediente D-10902*.

Corte Constitucional. (4 de Mayo de 2000). Sentencia C-490.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-881*.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-227*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-379*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-306*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-306-14.htm>

Corte Constitucional. (16 de Noviembre de 2017). *Sentencia T-678*.

Corte Constitucional. (2021). *Sentencia C-043*. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-043\\_2021.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-043_2021.html)

Corte Suprema de Justicia . (2018). *Sentencia STL 2680*.

Enciclopedia Jurídica. (2020). *Enciclopedia jurídica* . Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/pignoris-capio/pignoris-capio.htm>

Escobar Argoty, J. A., & Villota Narváez, H. D. (2017). *Requisitos jurídicos para decretar medidas cautelares innominadas con la vigencia del Código General del Proceso*.

Fajardo Betancurt, J. C., Lopez Jurado, E. E., & Vásquez Sanchez, C. A. (2020). *El papel de las medidas cautelares innominadas en el derecho laboral colombiano*.

González, C. A. (2021). *LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, UN MAL NECESARIO EN EL PROCESO LABORAL*.

Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (2012). Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia. *Entramado*, 8(2), 168-183.

Hernández Montenegro , M. A., & Reyes Martínez , M. J. (2014). Protección especial al trabajador en asuntos de seguridad social. *Derecho y Realidad*, 12(24), 49-54.

Herrera Gaviria, J. G. (2012). El juez director de Proceso y los Derechos Fundamentales en la oralidad. Cúcuta. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/33juan-guillermo-herrera-g.pdf>

Hinestrosa, F. (1999). Eficacia e ineficacia del contrato. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 143-161.

Lenguado Serrano, C. E., & Vargas Buitrago, J. A. (2015). El juicio de apariencia de buen derecho frente a la imparcialidad del juez que decreta medidas cautelares innominadas conforme el Código General del Proceso en Colombia. Cúcuta, Colombia . Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/9565>

Parra Quijano, J. (2012). *Medidas Cautelares Innominadas*.

Parra, N. C. (2021). *Principios de legalidad y eficacia de las medidas cautelares innominadas en los procesos ordinarios laborales en Colombia*.

Piedrahita Vargas, C. (2010). Conciliación, Descongestión y Oralidad laboral: Entre la Tutela Judicial Efectiva y la Crisis de la Justicia. (U. d. Medellín, Ed.) *Garantismo y Crisis de la Justicia*, 243-258. Obtenido de <https://repository.udem.edu.co/handle/11407/1269>

Rey Cantor, E., & Rey Anaya, Á. M. (2010). Medidas Cautelares y Medidas Provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *UCES*, 127-193. Obtenido de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/904>

Sanchez Cipazuca, L. V. (2021). *Decreto de medidas cautelares innominadas en el proceso laboral colombiano: bifurcación entre la gratuidad y el acceso a la justicia*.

Segura Ravelo, I. K., & Villamil Moreno, L. M. (2019). Las medidas cautelares innominadas en la legislación Colombiana. *Revista de Derecho*(27), 119-133.

Silva Romero, M. (Julio de 2013). Módulo sobre integración del Código General del Proceso al Proceso del Trabajo y de la Seguridad Social. Obtenido de [https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo\\_laboral\\_cgp2015.pdf](https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo_laboral_cgp2015.pdf)

Suarez Gómez, M. C., & Vallejo Ramírez, C. E. (2016). *Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial*.