

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, diecisiete (17) de marzo dos mil Veintitrés (2023)**

DEMANDANTE	: LUZ DAMARIS COLORADO LEÓN
DEMANDADO	: COLPENSIONES
INTERV EXCLUYENTE	: YENNIFER VIERA GRAJALES madre LUCIANA MOSQUERA VIERA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO (AUTO)
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-008-2022-00312-01
RADICADO INTERNO	: 015-23
DECISIÓN	: CONFIRMA AUTO
ACTA NÚMERO	: 049

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a resolver el recurso dentro del proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

Dentro del proceso laboral donde la Sra. LUZ DAMARIS COLORADO LEÓN pretende se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente por la muerte del Sr. Jhon Alberto Mosquera Rentería después de admitida la demanda, la apoderada de la parte demandante solicita medida cautelar innominada, invocando la sentencia C 043 de 2021 de la Corte Constitucional, consistente en ordenar a Colpensiones conservar en suspenso el 50% de la pensión de sobrevivientes del causante, hasta tanto se resuelva de fondo el presente proceso. Para probar su petición allega Resolución SUB169907 del 28 de junio de 2022, declaración extrajuicio de YEIMI VIVIANA MOSQUERA (foto) y

constancia de respuesta remitida por Colpensiones ala apoderada. (foto de email) (Exp. D 10 fl.1 a 5)

El juzgado de conocimiento niega la medida cautelar señalado que el artículo 85 A del CPTSS, no se dan los presupuestos procesales para conceder la solicitud, por no inferirse de la prueba aportada que la parte demandada este ejerciendo actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, como tampoco se encuentre en serias y graves dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, además de que no se tiene la certeza del derecho reclamado.

La accionante interpone recurso de reposición y apelación argumentando no compartir la decisión por cuanto Colpensiones está solicitando documentos a las hijas del causante para reconocerles el 100% de la pensión y ello afecta el retroactivo que se está reclamando en el presente proceso. Solicita se revoque la decisión. (EXP D. 16 Fl. 1 a 3)

Mediante auto del 1° de diciembre de 2022, la Sra. Juez señala que se mantiene la decisión por lo argumentado anteriormente y concede el recurso de apelación.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION.**

Una vez se dio el traslado respectivo las partes no presentaron alegatos de conclusión.

### **SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El problema jurídico a resolver se afinsa en si se debe decretar o no la medida cautelar innominada.

Sea lo primero señalar que los argumentos de la A quo en la decisión, no resuelven lo solicitado por la accionante recordando frente a este aspecto que como bien lo acota el Consejo de estado en la sentencia 00291 de 2018, evocando lo expresado en providencia de 13 de mayo de 2015, expediente número 2015-00022:

*“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 es que de la respuesta otorgada por la A quo no está referida la solicitud de la peticionante, a una medida cautelar basada en el artículo 85 A original, sino que se basa es en el artículo **Art 590 literal C del CGP y la sentencia de constitucionalidad 043 de 2021** de la Corte Constitucional.

Si bien la medida cautelar innominada no está regulada en el CPTSS y si en el Código General del Proceso, se puede aplicar la misma por analógica al artículo 145 del CPTSS y por lo dicho en la Sentencia arriba mencionada.

El Art. 590 reza: **Medidas cautelares en procesos declarativos:**

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

*a), b) ...*

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

*Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.*

*Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.*

*Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.”*

La Corte Constitucional aplicando el 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, condicionando la exequibilidad del artículo 37 A de la ley 712 de 2001 (85 A del CPTSS entre otras cosas a lo siguiente:

*En tal sentido, la Sala considera que existe otra interpretación posible de la norma acusada ... 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 (...)*

*Enseñando además que “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)*

Y es que lo anterior se acompasa con el artículo 48 del CPTSS, cuando señala 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”.

### **Requisitos para que se aplique la medida.**

Al tenor de lo expuesto por el Consejo de Estado en la Sentencia 00291 de 2018 evocando lo expresado en providencia de 13 de mayo de 2015, expediente número 2015-00022 en síntesis se tiene<sup>1</sup>:

**a) 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). El consejo de Estado enseña: “...**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.** Además, se incluye un segundo elemento

---

<sup>1</sup> IVÁN DAVID PÉREZ BELTRÁN, Trabajo de grado “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”, UPB, 2022

b) “...**el perjuicio de la mora**, (que) 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).

C) Se debe realizar un **estudio de ponderación** (la idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu de la medida).

Por lo anterior se revisará al caso concreto los elementos necesarios para otorgarla:

Del estudio juicioso de la teoría de la apariencia del buen derecho con las pretensiones y las pruebas aportadas, se colige que la pretensión principal se basa en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, donde la demandante estuvo casada con el causante a partir del 16 de febrero de 1996 hasta el año 2011 según se señala en la demanda, aunque en otro hecho posterior manifiesta que esa relación se normalizó antes de morir el Sr. Mosquera. Del registro civil de matrimonio no obra divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio católico y obran los registros civiles de nacimientos de sus 3 hijas (exp D. 07), lo que en principio podría suponer la apariencia de buen derecho, por cuanto la ley 100 de 1993 en el art 47, señala el derecho de la cónyuge en una relación no disuelta y una eventual convivencia por más de 5 años en cualquier tiempo, apoyada igualmente en el nacimiento de las hijas.

En cuanto al **perjuicio de la mora**, podría entenderse que, de existir el derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante, podría darse un daño por el retroactivo del 50% de la pensión que le correspondería, en la medida que todavía existe el pago pensional a varias hijas y la hija extramarital, que acrecerá hasta el 100% en las otras, en la medida que vayan perdiendo el derecho por llegar a la mayoría de edad o no estar estudiando. Situación que ocurrirá mientras se desarrolla el proceso, tiempo que transcurrirá hasta la eventual satisfacción del derecho con la sentencia.

Con base en lo anterior se debe realizar el **estudio de ponderación** (la idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu de la medida)

Pues bien, de la prueba documental se deduce que la entidad pensional, en varias oportunidades, le ha negado el derecho prestacional a la accionante, según se advierte de las resoluciones visible en el expediente digital y lo ha otorgado a sus hijas y a Luciana Mosquera Viera, hija extramatrimonial del Sr.

Mosquera pagando la mesada pensional proporcional a cada una de ellas hasta los 18 años o hasta que demostraran estudios y hasta los 25 años. Frente a estos hechos, la petición de la medida cautelar innominada, se da en que de acrecentar el derecho de las hijas al 100%, el posible retroactivo del 50% se perdería para la demandante.

Por lo anterior se observa entonces que existe un derecho pensional legalmente adquirido por las hijas, del cual se deriva que en la medida que las mayores o las que no estudien, pierdan el derecho a su parte pensional, las menores o que estén estudiando acrecentaran su parte de mesada pensional completando, como es lógico el 100% de la mesada, pues así lo informa la ley y la jurisprudencia.

Situación que ocurre con frecuencia en casos similares ante la jurisdicción, y que observando la necesidad de la medida, no se considera indispensable para la consecución del fin legítimo perseguido, por cuanto frente a un derecho que ha entrado al patrimonio de las hijas que aún disfrutaban de la pensión, no se les puede limitar el mismo frente a una expectativa de derecho, que esta en curso dentro de un proceso, es decir, de tomarse la medida cautelar se haría mas gravoso el derecho fundamental de las hijas menores y/o estudiantes, no siendo eficaz al violentar un derecho adquirido legítimamente, además de existir otra media idónea y es que el juez dentro de su leal saber y entender o de no hacerlo la propia demandante, saliendo adelante la pretensión, podrá repetir judicialmente o no, por el 50% del valor pagado a las beneficiarias del causante e igualmente no se demuestra con la solicitud de la medida que se requiera con inmediatez la protección que se le da al aparente derecho perseguido que está en riesgo, pues si bien en los hechos de la demanda señala la accionante que tiene tres nietas a cargo, esta situación no se ha probado aún, ni su situación económica.

En ese sentido la medida no es proporcional, pues de la prueba traída al plenario (Exp D. 10) , esto es la foto del documento de la declaración extraproceso donde una de las hijas de la demandante, Daisy Yurslady manifiesta que cede el derecho que le corresponda por la pensión de sobrevivientes a las beneficiarias activas, sea o no por solicitud de Colpensiones (copia del email), es un derecho legal que las demás beneficiarias de la pensión se les incremente su parte de mesada pensional, cuando otra de las beneficiarias ya no tenga el derecho, siendo una carga desproporcionada que se suspenda el otro 50% de la mesada

pensional, hasta que se determine si la Sra. Damaris tiene derecho o no a esa prestación, frente a un derecho de las hijas del causante.

Por lo anterior, se impone confirmar la providencia que viene por vía de apelación de la parte demandante, pero por las razones expuestas.

Costas en esta instancia por valor de \$100.000 en favor de la accionada, por no salir avante el recurso

En mérito de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, EN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, RESUELVE

### **EL FALLO DEL TRIBUNAL**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia de fecha y origen conocidos que fue objeto de revisión por apelación de la parte demandante, pero por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia por valor de \$100.000 en favor de la accionada, por no salir avante el recurso

**TERCERO:** Déjese copia de lo resuelto en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de procedencia


Los Magistrados,



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**

  
**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN –  
SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 048 del 21 de marzo de  
2023

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/147>