

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA
DEMANDADO :	: FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO (AUTO)
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-027-2023-00143-01
RADICADO INTERNO	: 275-23
DECISIÓN	: CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 332

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir la decisión de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación en el 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

La parte demandante instaura proceso ordinario en el cual solicita se DECLARE que entre el señor Alejandro Mejía Mejía, y FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de julio del 2012 al 02 de septiembre del 2022, y que la prima por instrucción de \$900.000 que otorgaba FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, al demandante constituye base salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensiones y riesgos laborales.

De forma subsidiaria solicita en el evento que se considere que la prima de instrucción no es factor salarial, se declare que FAST COLOMBIA S.A.S. EN

LIQUIDACION JUDICIAL le adeuda al demandante, la prima de instrucción desde que fue suspendida sin autorización, hasta el momento de la terminación de su contrato de trabajo, y se DECLARE que el subsidio por incapacidad temporal del señor Alejandro Mejía Mejía, causado desde el 18 de marzo del 2015 al 08 de julio del 2022, debió ser liquidado conforme al ingreso base de cotización de noviembre del 2013, debidamente indexado.

Se DECLARE que la pensión de invalidez de origen profesional del señor Alejandro Mejía Mejía, que está siendo reconocida por Seguros De Vida Suramericana S.A, debe ser reliquidada teniendo en cuenta el ajuste del ingreso base de cotización realizado el 19 de julio del 2016 por FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL al periodo de mayo del 2013.

Como consecuencia de lo anterior solicita se CONDENE a FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, a reconocer y pagar a favor del señor Alejandro Mejía Mejía, los siguientes conceptos:

1. La reliquidación de las prestaciones sociales (prima, cesantías, intereses a las cesantías), y vacaciones de todo el tiempo laborado, con base a la prima por instructor de \$900.000, debidamente indexada.
2. El ajuste de los aportes a pensión ante COLPENSIONES- con base a la prima por instructor de \$900.000
3. El cálculo actuarial a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA del monto de la reserva que haría falta para realizar el pago del ajuste de la pensión de invalidez con base a la prima por instructor de \$900.000.
4. La sanción moratoria del artículo 65 del CST por el pago deficitario de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo.
5. La sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la consignación deficitaria de las cesantías.
6. La indexación de aquellas sumas en las que no aplique las sanciones del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 99 de la Ley 50 de 1990
7. De manera subsidiaria a las anteriores, en el evento que se considere que la prima por instrucción no es factor salarial, solicito se condene al pago de la prima por instructor de \$900.000, debidamente indexada, adeudada desde el momento en que fue suspendido su pago sin autorización, hasta el momento de la terminación del contrato de trabajo.
8. El ajuste de los aportes a pensión ante COLPENSIONES- con base al valor real del subsidio por incapacidad temporal causado desde el 23 de diciembre del 2013 al 08 de julio del 2022.

Se CONDENE a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA, a reconocer y pagar al demandante los siguientes conceptos:

1. La reliquidación del subsidio por incapacidad temporal causado desde el 18 de marzo del 2015 al 08 de julio del 2022 con base al ingreso base de cotización de noviembre del 2013, debidamente

indexado, e incluyendo el valor por concepto de ajuste de los aportes a pensiones, administrado por COLPENSIONES.

2. La reliquidación de la pensión de invalidez desde el 09 de julio del 2022 a la fecha que se extinga la obligación, teniendo en cuenta el ajuste del ingreso base de cotización realizado el 19 de julio del 2016 por FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, al periodo de mayo del 2013.

3. Los intereses moratorios del inciso 5 del parágrafo 02 del artículo 1 de la Ley 776 del 2002, por pago deficitario del subsidio por incapacidad temporal y la pensión de invalidez.

4. De manera subsidiaria al anterior, la indexación de las sumas a reconocer.

De manera subsidiaria a la anterior, en el evento que se considere que SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA, no le asiste la obligación de reliquidar las incapacidades temporales y pensión de invalidez del demandante solicita se condene a FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, a reconocer y pagar al señor ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA, a título de lucro cesante consolidado y futuro, los siguientes conceptos:

1. La reliquidación del subsidio por incapacidad temporal causado desde el 18 de marzo del 2015 al 08 de julio del 2022 con base al ingreso base de cotización de noviembre del 2013, debidamente indexado, más el pago del ajuste de los aportes a pensiones, conforme al ajuste del valor de la incapacidad, como una forma de resarcir los perjuicios causados por sus actos negligentes en el cobro de las incapacidades temporales ante SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA.

2. El cálculo actuarial a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA del monto de la reserva que haría falta para realizar el pago del ajuste de la pensión de invalidez teniendo en cuenta el ajuste del ingreso base de cotización realizado el 19 de julio del 2016 por FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, al periodo de mayo del 2013, como una forma de resarcir el perjuicio causado por el pago deficitario y tardío de los aportes a Riesgos Laborales.

Y por último solicita se condene a las demandadas a las costas del proceso.

Dentro de la misma demanda se solicitó además medida cautelar con apoyo en lo regulado en el artículo 85 A del C.P.T y S.S, en consonancia con el literal C del artículo 590 del C.G.P, y la sentencia C-043 de 2021, argumentando para ello que la demandada se encuentra en serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones toda vez que mediante Auto No. 400-008839 emitido por la Superintendencia de Sociedades el 21 de junio del 2023, se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de FAST COLOMBIA S.A.S, razón por la que solicita se imponga a la demandada una caución para garantizar el resultado del proceso. (fls 881 del PDF 03).

En virtud de lo anterior el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante auto del 08 de agosto de 2023, (PDF 04), dispuso admitir la demanda ordinaria de la referencia y fijó fecha para celebrar la audiencia de que trata el art. 85 A del CPT y SS para el 01 de septiembre de 2023 a las 2:00 p.m.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 01 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, dispuso NO ACCEDER a la MEDIDA CAUTELAR solicitada por la parte demandante Alejandro Mejía Mejía en contra de FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

IMPUGNACION.

La apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación manifestando en síntesis que ni en la sentencia C 043 de 2021 ni el artículo 85 A del Código de Procedimiento Laboral se establece que no se puedan aplicar medidas cautelares cuando se traten de empresas que están en proceso de liquidación, y precisa que en ningún momento esta alegado que la demandada tenga alguna intención adrede de quedarse insolvente para no pagar la sentencia, pues el fundamento de la solicitud es que existe un grave riesgo de no cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria de cara al proceso liquidatorio en el que se encuentra la demandada.

Que, si bien es cierto existen unos principios como el de igualdad y el concurso de las obligaciones, lo cierto es que el demandante en caso de que se hubiera decretado la medida por parte del despacho no entraría a cubrir las primeras obligaciones que ya se encuentran en lista, sino que entraría es al cumplimiento de las obligaciones laborales que tienen prelación dentro de los derechos de crédito.

Indica contrario a lo argumentado por el juez que para dicha apoderada el hecho de que se este es un proceso declarativo no es un impedimento para decretar la medida cautelar solicitada pues indica que la misma señaló cuáles eran los motivos por los cuales en este proceso tenía certeza del derecho, indicando en síntesis que se encuentra demostrado en el proceso el pago deficitario de los aportes a la seguridad social que debe asumir la demandada.

Agrega que para el 8 de agosto de 2023 donde se supone que se cerró el trámite, la demanda apenas estaba en trámite y no había sido notificada por parte del despacho, y por lo tanto, no había iniciado el proceso judicial y este solo inicio el 11 de agosto del 2023 cuando el despacho notificó a la demandada, por lo que en este sentido no era posible que el demandante entrara a un proceso liquidatorio donde ni siquiera tenía auto admisorio del proceso ordinario, ni tampoco estaba integrada la Litis.

Menciona que si bien el proceso liquidatorio tiene una norma o disposición legal se debe recordar que las disposiciones del código sustantivo del trabajo referentes a los derechos de los trabajadores priman dentro de la carta de los derechos fundamentales, tan es así que las obligaciones que debe pagar la demandada deben estar en primacía sobre de los derechos laborales de los trabajadores como los del demandante, y que por lo tanto teniendo en cuenta que existe una alta probabilidad de condena de la demandada, y que dicha sociedad reconoce y acepta que no tiene el capital suficiente para responderle a todos sus acreedores, debe decretarse la medida cautelar solicitada pues no solo pidió la del artículo 85 A del C.P.T y S.S sino también que se aplicara cualquier medida innominada.

De otro lado indica que se debe tener en cuenta para el estudio de la medida solicitada la mora judicial pues el apoderado de la demandada dijo que solo tendrían hasta noviembre para que en caso de que exista una sentencia en firme a nombre del demandante se pudiera incluir el crédito dentro de dicha audiencia, siendo ello imposible teniendo en cuenta que el proceso apenas está empezando faltando muy seguramente el trámite de la segunda instancia y de casación, fecha para la cual no podría ser incluida la sentencia dentro de dicha liquidación.

Así mismo refiere que el juez como una medida cautelar innominada podría haber ordenado que se incluyera por su orden y obligación dentro de las obligaciones de la demandada el presente proceso judicial a fin de que se establezca la respectiva reserva por parte de la Superfinanciera y eventualmente haber ordenado los respectivos oficios.

Por todo lo mencionado solicita se revoque la decisión de primera instancia de negar la medida cautelar, y en su lugar, se proceda a autorizar la medida cautelar ya sea la innominada solicitada, que sería cómo incluir el presente

proceso en el proceso liquidatorio o finalmente acceder a la caución del artículo 85 A cómo lo pretendió en la solicitud de medida cautelar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante presenta escrito de alegatos de conclusión manifestando que no está de acuerdo con lo decidido en la primera instancia pues refiere que se debe tener en cuenta por parte de la Sala que la solicitud que se presentó ante el despacho fue una medida cautelar innominada consistente en la creación de un fiducia, sobre la cual el demandante no tendría ninguna disposición hasta tanto no tenga una sentencia en firme que lo habilite, o “cualquier otra medida que 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”, tal como así lo contempla el literal C del artículo 540 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral según lo dispuesto en la sentencia C-043-2021 por la Corte Constitucional, y de manera subsidiaria solicitó la medida del artículo 85 A del CPT.

Que además el demandante cumple con los requisitos para aplicar la medida innominada como la del artículo 85 A del CPT y de la SS por cuanto:

- El señor ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA cuenta con la legitimación e interés para solicitar la medida cautelar innominada o la del artículo 85A pues con estas podría garantizar el pago de una eventual condena a su favor.
- Existe una amenaza o vulneración a los derechos labores y de la seguridad social, ya que la omisión en el reconocimiento de la prima por instrucción como factor salarial llevó a que se liquidara de forma deficitaria sus prestaciones sociales; el pago deficitario en los aportes a pensiones y riesgos laborales afectó la liquidación de la pensión de invalidez del señor ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA, como también podría afectar la eventual prestación económica que llegare a reconocer el Sistema General de Pensiones
- Que la negligencia en el cobro de las incapacidades temporales ante SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA llevó a que estas no fueran liquidadas conforme al Ingreso Base de Cotización que por derecho correspondía
- El señor ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA cuenta con apariencia de buen derecho, pues la demandada no cumplió con sus obligaciones como empleador al omitir la prima de instrucción como base salarial para liquidar las prestaciones sociales, al

realizar el cobro tardío de las incapacidades temporales ante ARL SURA, y al no realizar el pago de los aportes a la seguridad social teniendo en cuenta lo realmente devengado.

- Existe la necesidad de la medida por cuanto mediante el Auto No. 400-008839 emitido por la Superintendencia de Sociedades el 21 de junio del 2023, se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de FAST COLOMBIA S.A.S., y al no contar el demandante con una sentencia favorable, en estos momentos no podría hacer parte del proceso liquidatorio, tal como así lo explicó el apoderado de FAST COLOMBIA S.A.S., por lo que la mora judicial causada por la alta congestión, podría llevar a que cuando se culmine el proceso ya no existan bienes con los cuales respaldar el cobro de una eventual sentencia favorable. Prueba de esto es que, a fecha de estos alegatos, el juez de primera instancia no admitió la reforma a la demanda, no se ha dado traslado de esta, y no se ha convocado a la audiencia del art. 77 del CPT y de la SS.

Que pese a lo anterior el juez de primera instancia ignoró la medida cautelar innominada bajo la concepción de que debe existir una sentencia para su aplicación, lo cual no es cierto, puesto que lo que debe acreditar el demandante es tener apariencia de buen derecho, y que, además, quedaría inocua la medida cautelar innominada en los procesos ordinarios si la misma no puede aplicarse porque no hay sentencia.

Aunado a lo anterior, tampoco es cierto que aplicar una medida innominada en este caso sería poner en desventaja a los demás acreedores porque la obligaciones laborales por Ley van en primer orden dentro de las demás acreencias, y la medida de la Fiducia que se pidió es para hacer una reserva sobre la cual el señor ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA no tendría ninguna disposición a menos que la sentencia así lo ordene, lo cual implica, que en caso de que la sentencia sea desfavorable a los intereses del demandante, los demás acreedores pueden disponer de dicho rubro.

Además, si el juez de primera instancia consideraba que la medida de la Fiducia no aplicaba, en consonancia con el inciso 03 del literal C del artículo 590 del Código General del Proceso, el juez laboral, como director del proceso, podría aplicar cualquier medida que considera óptima para garantizar el derecho en discusión como por ejemplo, la medida de ordenar a Super Sociedades de ingresar el presente proceso laboral dentro de reservas de los procesos judiciales en contra de FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, tal como así lo explicó el apoderado de FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, sin embargo, el juez de primera instancia ni siquiera analizó dicha posibilidad.

Finalmente, en el remoto evento que la Sala considere que no es posible aplicar ninguna medida cautelar innominada solicita se conceda la medida del artículo 85 A del CPT y de la SS, pues FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL se encuentra en serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, tal como puede evidenciarse en el Auto No. 400-008839 emitido por la Superintendencia de Sociedades el 21 de junio del 2023, por medio del cual se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial, por lo que se hace necesario imponerle a dicha sociedad una caución para garantizar el resultado del proceso.

Para estudiar dicha medida, solicita que se tenga en cuenta que el artículo 85 A no tiene como requisito de procedibilidad haber agotado algún trámite dentro del proceso de liquidación, como tampoco prohíbe su aplicación en aquellas empresas que se encuentran en liquidación judicial, por tanto, en atención a la necesidad planteada de garantizar el pago de una eventual condena, no podría entonces alegarse requisitos que la ley no contempla para aplicar una medida que lo que busca es amparar derechos fundamentales derivados de un vínculo laboral.

CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el numeral 7) del artículo 65 del CPT y SS, que consagra como apelable el auto que decida sobre medidas cautelares.

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar conforme a las razones aducidas en el recurso de apelación si hay lugar o no a decretar la medida cautelar solicitada conforme lo establece el artículo 85 A del C.P.T y S.S, o la innominada del literal C del artículo 590 del C.G.P.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

En primer término, debe indicarse que las medidas cautelares en los procesos ordinarios o declarativos son garantías que deben otorgarse en el transcurso del proceso o en diligencias previas a su iniciación, y que tienen como finalidad la protección del derecho en litigio para que una eventual

condena no se haga ilusoria, o en otras palabras para que no se haga nugatoria el disfrute de los derechos reclamados.

Es por tanto un mecanismo de protección que el legislador establece en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

Por su parte, según el doctrinante Jorge Forero Silva, en su obra medidas cautelares en el código general del proceso indica que *“los procesos ejecutivos tienen como finalidad satisfacer la prestación que se reclama, y dicho fin no se hará efectivo sin la materialización de las medidas cautelares, por lo que, sin bienes cautelados, el proceso resulta inocuo, inútil improbablemente se cumplirá la obligación, pues son las cautelas las que constriñen al deudor a su satisfacción”*.

Concretamente con respecto a las medidas cautelares en los procesos ordinarios laborales establece el artículo 85 A del C.P.T y SS, adicionado por la Ley 712 de 2001, lo siguiente:

*ART. 85A.. **Medida cautelar en proceso ordinario.** Cuando el demandado, en juicio 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 los resultados del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente juicio entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar.*

En la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda. Recibida la solicitud, se citará inmediatamente mediante auto dictado por fuera de audiencia a audiencia especial al quinto día hábil siguiente, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acto. La decisión será apelable en el efecto devolutivo.

Si el demandado no presta la caución en el término de cinco (5) días no será oído hasta tanto cumpla con dicha orden. (Resalto de la sala).

Conforme al aparte transcrito se pueden establecer tres condiciones fácticas a saber: la medida procede cuando el demandado: i) Está efectuando actos tendientes a insolventarse, ii) Lleva a cabo actos tendientes a impedir el cumplimiento de la sentencia o, iii) **Se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones**. En el caso del último numeral, la apreciación debe hacerse por el juez, quien, una vez evaluadas las pruebas, tiene la posibilidad de considerar, si las dificultades que afronta el demandado revisten o no el carácter de gravedad o seriedad, exigidos por la norma.

En orden de lo anterior se tiene que la parte demandante solicita se proceda a autorizar la medida cautelar innominada al tenor del literal C del artículo 590 del C.G.P, cómo incluir el presente proceso en el proceso liquidatorio de la demandada FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, o que se ordene a dicha sociedad constituir fiducia sobre el 10% de las pretensiones para el pago de la sentencia, o finalmente acceder a la caución del artículo 85 A cómo lo pretendió en la solicitud de medida cautelar.

Partiendo de lo anterior debe advertirse que antes de la expedición de la sentencia C 043 de 2021, no se concebía la posibilidad de aplicar las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos laborales al considerarse que la remisión normativa en los términos del artículo 145 del CPT y la SS, solo operaba a falta de disposición especial, y en razón de ello no podía aplicarse ni decretarse medida cautelar diferente a las establecidas en el artículo 85 A del C.P.T y S.S.

La anterior posición encontraba sustento en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral mediante providencia AL 2761 del 04 de mayo de 2016 radicado 58156, en la cual se indicó expresamente que:

*“Se equivoca la parte demandante al invocar normas del procedimiento civil como soporte jurídico del asunto que plantea, pues según se extrae del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral, la analogía legal únicamente procede «a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo y siempre que «sea compatible y necesaria para definir el asunto (CSJ AL, 2 ago. 2011, rad. 49927), lo cual con evidencia no sucede en este evento, **toda vez que el decreto de medidas cautelares por actuaciones de la parte demandada tendientes a insolventarse, es un supuesto regulado expresamente en el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social**” (resalto de la Sala)*

Por su parte la medida cautelar innominada regulada en el literal C del artículo 590 del C.G.P establece lo siguiente:

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.”

En orden de lo anterior, y con la expedición de la sentencia C-043 de 2021, se advierte que, 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 la remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, toda vez que 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 CPT y S.S, 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 tiene¹:

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

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).

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 del reajuste de las prestaciones sociales, reajuste de aportes a la seguridad social, sanciones moratorias y el reajuste de la pensión de invalidez que percibe el demandante por parte de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA, no obstante lo anterior, considera la Sala que sobre dichas peticiones no existe una apariencia de buen derecho pues de un juicio provisional sobre la posibilidad de tener el derecho, no se aprecia con claridad la existencia del mismo, sin la práctica de las pruebas

¹ 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

necesarias, pues debe demostrarse según lo narrado en los fundamentos facticos de la demanda, que el actor devengó la prima por instrucción de \$900.000, y lo mas importante para la prosperidad de las pretensiones, que esta constituía factor salarial, pues esto además de que no fue aceptado en la contestación de la demanda merece un análisis profundo y de fondo con el fin de determinar si efectivamente si le asiste razón a las pretensiones esbozadas en el libelo genitor pues con las pruebas aportadas al proceso no es posible inferir y mucho menos tener por demostrada dicha situación.

Por lo mencionado considera la Sala que no se cumple con las exigencias de la **apariencia de un buen derecho**, y al no haberse encontrado satisfecho el mismo, resulta incensario realizar el estudio de los restantes requisitos (el perjuicio de la mora y el estudio de ponderación), toda vez que el no cumplimiento del requisito mencionado hace que la solicitud de medida cautelar consagrada en el literal C del artículo 590 del C.G.P sea improcedente.

Ahora, respecto a la solicitud de la medida cautelar del articulo 85 A del C.P.T y S.S, se precisa que de las tres hipótesis contenidas en dicha normativa para la procedencia de la misma, la que aplicaría para el caso bajo estudio seria, “cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”, evento este en el que el juez debe determinar luego de evaluadas las pruebas si las dificultades que afronta el demandado revisten o no el carácter de gravedad o seriedad, exigidos por la norma.

Partiendo de lo anterior, considera la Sala que en principio el hecho de que el demandado se encuentre en liquidación como lo es para el presente caso de la sociedad FAST COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, podría pensarse que dicho hecho por sí solo implica una situación que pone a la sociedad es serias dificultades para el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria.

No obstante, lo anterior, dicha situación no puede mirarse de forma aislada para el caso bajo estudio pues debe tenerse en cuenta que precisamente la sociedad FAST COLOMBIA S.A.S, en este momento se encuentra en liquidación judicial, y debido a ello, es al interior de dicho proceso donde se deben tomar las medidas apropiadas y acordes a la ley para en caso tal

garantizar el pago de los derechos que se adeuden a los acreedores como podría ser para este caso el demandante.

En orden de lo anterior es necesario realizar las siguientes precisiones respecto al régimen de insolvencia empresarial consagrado en la ley 1116 de 2006.

El artículo 04 de la normativa en cita consagró dentro del régimen de insolvencia como principios entre otros los siguientes:

***“1. Universalidad:** La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.*

***2. Igualdad:** Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.*

3. Eficiencia, (...) 4. Información, (...) 5. Negociabilidad, (...) 6. Reciprocidad, (...) 7. Gobernabilidad económica.

No obstante, lo anterior deben realizarse varias precisiones respecto al proceso de liquidación para el caso bajo estudio, siendo pertinente citar lo consagrado en el artículo 48 de la ley 1116 de 2006 que a la letra dice:

“ PROVIDENCIA DE APERTURA. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá:

1. El nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal, advirtiéndole que su gestión deberá ser austera y eficaz.

2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos. **Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho.**

3. Las medidas cautelares sobre los bienes del deudor y ordenar al liquidador la inscripción en el registro competente de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

4. La fijación por parte del Juez del concurso, en un lugar visible al público y por un término de diez (10) días, de un aviso que informe acerca del inicio del mismo, el nombre del liquidador y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos. Copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la del deudor, en la sede, sucursales, agencias, por este y el liquidador durante todo el trámite.

5. Un plazo de veinte (20) días, a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo. Cuando el proceso de liquidación judicial sea iniciado como consecuencia del incumplimiento del acuerdo de reorganización, de liquidación judicial <sic>, fracaso o

incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración, los acreedores reconocidos y admitidos en ellos, se entenderán presentados en tiempo al liquidador, en el proceso de liquidación judicial. Los créditos no calificados y graduados en el acuerdo de reorganización y los derivados de gastos de administración, deberán ser presentados al liquidador.

(...)

8. Oficiar a los jueces que conozcan de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia". (resalto intensional).

Del estudio de la norma antes descrita, se concluye, de un lado, que los acreedores, incluidos los titulares de obligaciones condicionales o sujetas a litigio, deberán presentar sus acreencias al liquidador dentro de los veinte días siguientes a la desfijación del aviso que informa sobre la apertura del aludido proceso concursal, allegando prueba de la existencia y cuantía de su reclamación, y de otro, que los acreedores reconocidos en el un acuerdo de reestructuración, si fuere el caso, no tienen que presentar nuevamente sus créditos en el proceso de liquidación judicial. Es decir, que los acreedores reconocidos y admitidos en cada uno de los escenarios no requerirán de hacerse presente en la oportunidad dispuesta en la ley en el proceso de liquidación.

Partiendo de la estricta normativa en cita, aplicado al caso bajo estudio se tiene que mediante auto número 2023-01-528814 del **21 de junio de 2023**, la Superintendencia de Sociedades en su calidad de Juez del Concurso, decretó la apertura del Proceso de Liquidación Judicial de la sociedad FAST COLOMBIA S.A.S – VIVA AIR COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, identificada con NIT. 900.313.349.

En la mencionada providencia a través de la cual, la Superintendencia de Sociedades en su calidad de Juez del Concurso, estableció dentro del auto que decretó la apertura del Proceso de Liquidación Judicial, entre otras cosas lo siguiente:

Vigésimo quinto. Ordenar al liquidador que, dentro de los diez (10) días siguientes a su posesión, comunique sobre el inicio del proceso de liquidación judicial a todos los jueces y autoridades jurisdiccionales, a las fiduciarias, a los notarios y cámaras de comercio que tramiten procesos de ejecución, de restitución, o de ejecución especial de la garantía sobre bienes del deudor, a través de medios idóneos (correo electrónico, correo certificado o notificación personal), transcribiendo el aviso expedido por esta Entidad.

Advertir que los jueces de conocimiento de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia, deberán

remidir al juez del concurso todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra la deudora, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos, advirtiéndolo en dicha comunicación que los títulos de depósito

(...)

Vigésimo séptimo. Ordenar al liquidador que, transcurrido el plazo previsto para la presentación de créditos, cuenta con un plazo dos (2) meses para que remita al juez del concurso el proyecto de calificación y graduación de créditos, así como los documentos que le sirvieron de soporte para su elaboración, junto con el inventario de bienes presentado con la base contable del valor neto de liquidación o la certificación de inexistencia de activos debidamente suscrita en conjunto con el contador público de la concursada, para surtir el respectivo traslado y proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006.

(...)

Cuadragésimo tercero. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad la fijación, por un término de diez (10) días, del aviso que informa acerca del inicio del presente proceso de liquidación judicial, el nombre de la liquidadora y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos. Copia del aviso será fijado en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la de la deudora, en la sede, sucursales y agencias durante todo el trámite.

(...)

Cuadragésimo noveno. Advertir a los acreedores de la sociedad, que disponen de un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que, de conformidad con el artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006, presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo. (resalto intencional)

Partiendo de lo anterior se observa que efectivamente, a través de Aviso designado con número de radicado 2023-01-534430 del 23 de junio de 2023, la Superintendencia de Sociedades estableció:

AVISO LIQUIDACIONES

LA COORDINADORA DEL GRUPO DE APOYO JUDICIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 4° DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 1116 DEL 2006 Y, EN CUMPLIMIENTO DEL AUTO IDENTIFICADO CON RADICACIÓN No. 2023-01-528814 DEL 21 DE JUNIO DE 2023.

AVISA:

1. Que por auto identificado con radicación **No. 2023-01-528814 del 21 de junio de 2023**, esta Superintendencia de Sociedades, decretó la apertura del proceso de Liquidación Judicial de la sociedad **FAST COLOMBIA S.A.S.**, identificada con **NIT. 900.313.349**, domiciliada en el municipio de Rionegro - Antioquia, en los términos previstos en la Ley 1116 de 2006.
(...)

2. Que los acreedores de la sociedad deudora deberán presentar sus créditos dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes contados a partir de la desfijación del presente aviso, allegando prueba de su existencia y

cuantía. Para el efecto los acreedores deberán presentar sus reclamaciones directamente ante el señor liquidador.
(...)

6. El presente aviso **SE FIJA** por el término de diez (10) días hábiles en la baranda virtual de esta Superintendencia de Sociedades, a partir del día **23 de junio de 2023**, a las **8:00 a.m.**, y **SE DESFIJA** el día **07 de julio de 2023**, a las **5:00 p.m.**

Por lo anterior se concluye con meridiana claridad que los acreedores al tenor de lo consagrado en el numeral 5 del artículo 48 de la ley 1116 de 2006, y lo consignado en el artículo cuadragésimo noveno del auto número 2023-01-528814 del 21 de junio de 2023, por el cual se decretó la apertura del Proceso de Liquidación Judicial de la sociedad demandada, los acreedores contaban con el termino de 20 días contados a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que, presentaran su crédito al liquidador.

De las pruebas obrantes en el proceso, (fls 38 y 39 del PDF 06), se desprende que la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial de la demandada, fue el 07 de julio de 2023, por lo que los acreedores contaban con 20 días hábiles contados a partir de dicha fecha para presentar su crédito al liquidador, termino este que venció según las cuentas realizadas por la Sala el **08 de agosto de 2023**.

Partiendo de lo anterior y toda vez que el término para presentar créditos culminó, el 08 de agosto de 2023, ello a fin de ser reconocido, graduado y calificado como acreedor de la sociedad deudora; se observa que el demandante ALEJANDRO MEJÍA MEJÍA según la prueba arrojada al proceso no presentó ante el liquidador crédito alguno, pues la única prueba que existe es la notificación al liquidador del proceso ordinario la cual fue realizada el 10 de agosto de 2023, (PDF 05).

En cuanto a las acreencias condicionales o litigiosas, debe precisarse que las resultas correspondientes al cumplimiento de **la condición o de la sentencia o laudo respectivo quedará sujetos igualmente a las resultas del proceso**. Los pagos a estos acreedores se harán únicamente cuando la acreencia tenga el carácter de exigible, en condiciones iguales a los de su misma clase. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago, siempre y cuando el acreedor se haya hecho parte de la liquidación dentro del término consagrado en el artículo 48 de la ley 1116 de 2006.

En orden de lo anterior, **los créditos extemporáneos en la liquidación**, los no reconocidos en el acuerdo de reestructuración o en el acuerdo de reorganización, según el caso, no gozan del privilegio mencionado, **y deberán hacerse parte dentro del proceso de liquidación judicial, al igual que los gastos de administración**, del acuerdo de reestructuración o del proceso de reorganización.

Por último, debe advertirse que los gastos de administración originados durante el trámite del proceso de liquidación judicial, se hagan en la forma prevista en el artículo 71 ibídem, **que prevé que las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración** y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes de después del inicio del proceso de liquidación judicial.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 50 de la ley 1116 de 2006 establece respecto a los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial lo siguiente:

“ARTÍCULO 50. EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

(...)

11. **La prohibición** para administradores, asociados y controlantes **de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial**, a partir de la fecha de la providencia que lo decrete, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan.

(...)

13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.” (resalto intencional)

Partiendo de lo mencionado y de lo consagrado en la ley 1116 de 2006 es claro que la disposición de los activos y el patrimonio de la sociedad en liquidación está en cabeza de la superintendencia como juez del concurso y no está a disposición del liquidador quien en los términos del artículo 48 ibídem es el representante legal, por lo que sería improcedente imponer cualquier medida cautelar dado que además de que una vez iniciado el

proceso de liquidación todo debe surtir al interior del mismo con apego a las reglas de insolvencia consagradas en la normativa en cita, debe tenerse en cuenta que el liquidador no podría disponer de ningún recurso económico a efectos de constituir la caución que pudiera imponerse para el cumplimiento de la sentencia como lo pretende la parte demandante.

Así mismo el artículo 70 de la ley 1116 de 2006 establece que, en los procesos ejecutivos, “no habrá lugar a practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor en reorganización, **y las practicadas respecto de sus bienes quedarán a órdenes del juez del concurso**, aplicando las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en esta ley”.

En orden de lo mencionado debe tenerse en cuenta que si en los procesos ejecutivos que es donde existe un derecho cierto y una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor no pueden practicarse medidas cautelares sobre los bienes del deudor en el curso del proceso de liquidación, mucho menos podría hacerse en un proceso declarativo donde existe incertidumbre sobre el derecho pretendido el cual puede o no ser declarado por el juez de acuerdo con lo demostrado en el proceso ordinario.

Por todo lo mencionado considera la Sala que cuando el sujeto pasivo demandado se encuentra en un proceso de liquidación se deben cumplir con las normas y reglas de insolvencia que persiguen la igualdad respecto al trato equitativo de todos los acreedores respetando las reglas de prelación de créditos, y una gobernabilidad económica tendiente a lograr la satisfacción de las obligaciones de pago a todos los acreedores, por lo que decretar una medida cautelar genera una ejecución anticipada en perjuicio de los demás acreedores.

Por todo lo expuesto con anterioridad lo legal y pertinente será confirmar la providencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$290.000 por no prosperar el recurso de apelación.

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:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, que negó la solicitud de medida cautelar realizada por la parte demandante, según lo argumentado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$290.000 por no prosperar el recurso de apelación.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



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 ° 187 del 01 de
noviembre de 2023

consultable aquí:

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