

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, tres (3) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación instaurado por la parte demandante en contra de la providencia No. 761 de fecha 30 de Agosto de 2021 proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **GLORIA NURY LEON FRANCO** contra **MARÍA CONSUELO VARONA DE HURTADO (q.e.p.d.)**, **ADRIANA HURTADO VARONA** y **HEREDEROS INDETERMINADOS DE MARÍA CONSUELO VARONA DE HURTADO**. Asunto radicado bajo la partida No.19-001-31-05-003-2021-00058-01.

1. ANTECEDENTES

1.1. Como antecedentes fácticos y procesales relevantes, se tienen los contenidos en la demanda obrante dentro del expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende se declare y reconozca en su favor y a cargo de la demandada lo siguiente:

- a) Que se declare que entre la señora Gloria Nury León Franco y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido

el cual estuvo vigente desde el 4 de junio de 1999 hasta el 19 de enero de 2019.

- b) Que se condene a la demandada al pago de la totalidad de salarios, auxilio de transporte, compensación de vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, cotizaciones a la seguridad social y dotaciones por los valores determinados en la demanda.
- c) Que se condene a la demandada a pagar las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST.
- d) Que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.
- e) Que como pretensión subsidiaria en caso de no accederse a los aportes en pensión, se condene a la demandada al pago de la pensión y al retroactivo pensional respectivo.

1.2. Una vez pasada la demanda con solicitud de medida cautelar a despacho para resolver sobre la misma, el A quo en providencia No.761 de fecha 30 de agosto de 2021, admite la demanda y entre otras decisiones, niega la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Como fundamento de la decisión expone que el artículo 85 A del CPTSS consagra la medida cautelar en proceso ordinario la cual procede cuando se compruebe que el demandado efectúa actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia o cuando se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones y que consiste en la imposición de una caución para garantizar las resultas del proceso, difiriendo las medidas solicitadas por la parte actora de lo allí consagrado, sin que estén previstas en la codificación procesal laboral, y sin que tampoco en este caso sean procedentes las consagradas en los literales a) y b) del artículo 590 del CGP, en

tanto la demanda no versa sobre los aspectos allí delimitados, por lo que no es del caso acceder a su decreto.

1.3. Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandante formula recurso de reposición y en subsidio **RECURSO DE APELACION**, manifestando que contrario a lo indicado, están probadas las causales por las cuales es posible dar aplicación al art. 85 A del CPTSS dado que está plenamente demostrado que la demandada efectuó actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, toda vez que en vida procedió a trasladar sus bienes a su hija Adriana Hurtado Varona, incluso llegando a vender el usufructo de uno de sus bienes. Menciona que la demandada y su sucesora procesal se encuentran en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las obligaciones en tanto actualmente cursan en despachos judiciales demandas contra la señora María Consuelo Varona de Hurtado en las cuales como sucesora procesal al parecer se encuentra su hija Adriana Hurtado, tal y como se lo manifestó de manera verbal a la aquí demandante. Refiere dos demandas contra la demandada y destaca que la Corte Constitucional concluyó que el art. 590 del CGP, admitía dos interpretaciones, optando la Corte por la interpretación que reconoce que la norma no impedía ésta posibilidad de aplicación, por remisión normativa, concretamente del literal c) del numeral 1º. del art. 590 referente a la facultad del juez de decretar medidas cautelares innominadas, haciendo efectivos los principios constitucionales de protección especial al derecho del trabajo, ínsitos en las reclamaciones de orden laboral y por lo que declara exequible el art. 37 A de la ley 712 de 2001.

Allega como pruebas certificados de tradición, escritura pública, estados electrónicos y providencias del Juzgado Tercero Civil

Municipal de Popayán y solicita acceder a las medidas cautelares solicitadas o en su defecto, revocar el auto y decretar las medidas cautelares del art. 85 A y las innominadas del art. 590 del CGP, de ser necesarias.

1.4. Alegatos de conclusión: En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación, por lo que la Sala sólo resolverá sobre los puntos objeto de apelación.

1.4.1. La apoderada de la parte demandante durante el término concedido no presentó alegatos de conclusión, según nota secretarial que antecede.

Con fundamento en lo anterior, esta **SALA DE DECISION**, pasa a resolver el asunto en comento, teniendo en cuenta las siguientes,

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA: Es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la apoderada judicial de la parte demandante contra la providencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible del recurso de apelación, en virtud de lo normado en el numeral 7 del artículo 65 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001.

2.2. Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de

apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito, la alzada ya mencionada.

2.3. CONSONANCIA: Para resolver la apelación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T.- adicionado por el art. 35 Ley 712 de 2001-, en virtud del cual, “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, por lo que esta Sala centrará su atención en resolver el punto relativo al recurso, el cual hace énfasis en lo anteriormente sintetizado.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO: Para resolver la alzada, la Sala centrará su atención en determinar si en el presente caso, procede el decreto de la medida cautelar establecida en el artículo 85 A del CPTSS?

2.5. TESIS DE LA SALA: La respuesta al interrogante planteado será negativa, y por ello se ha de confirmar la providencia de primer grado, aunque por las razones aquí expuestas, en tanto no se avizora el cumplimiento de los presupuestos en los que de conformidad con la norma procesal laboral respectiva, procede el decreto de medidas cautelares en los procesos ordinarios laborales, tal y como pasará a exponerse.

2.5.1. Para desatar el interrogante planteado, se ha de comenzar por referir que el artículo 85 A del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social establece las medidas cautelares que el Juez puede adoptar en el curso de un proceso ordinario, con el fin de que no se hagan ilusorias las resultas del mismo. Tales medidas, que según ésta norma consisten en una caución que debe asegurar entre el 30 y 50% de las pretensiones demandadas, pueden imponerse en uno de tres eventos: (i) cuando el demandado efectúe actos tendientes a insolventarse, (ii) cuando el demandado adelante actos que puedan impedir la efectividad de la sentencia de condena y (iii) cuando el Juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

Estas tres hipótesis, requieren una carga probatoria que evidencie, de manera suficiente, que están ocurriendo tales hechos o que la situación financiera del demandado es insostenible y que, es altamente probable que no pueda cumplirse una eventual sentencia de condena, siendo necesario precaver la situación, buscando garantizar a lo menos parte de las pretensiones demandadas. Dicha carga probatoria, sin duda, recae en cabeza de la parte interesada en que se imponga la medida.

En efecto, la misma norma establece que recibida la solicitud la cual se entenderá realizada bajo la gravedad de juramento, se citará inmediatamente a audiencia especial, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas de la situación alegada y se decidirá en el acto. Igualmente, señala que si el demandado no presta caución en el término de cinco (5) días, no será oído hasta tanto cumpla con dicha orden, es decir que de no hacerlo, generaría una consecuencia altamente lesiva para sus derechos en el proceso, como es la de no ser escuchada, de ahí la importancia de acreditar suficientemente los supuestos concretos que exige la norma procesal laboral.

De la redacción de este precepto normativo es dable deducir que para que la cautela proceda en casos como el que nos ocupa, es menester que la parte demandada se encuentre debidamente notificada dado que, mientras esta diligencia no se haya perfeccionado no se puede considerar trabada la litis o dicho de otra forma, que ya haya proceso, ya que si ello no es así, no existe posibilidad que el operador judicial pueda llegar a reflexionar que dicho extremo de la litis está efectuando actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, puesto que no cuenta con elementos de juicios para arribar a una conclusión de tal naturaleza, ya que en ese estado de la demanda desconoce por completo el comportamiento de la pasiva, de la que valga decir, ante la falta de notificación resulta claro que no sabe de la existencia de la demanda, luego entonces, no sería lógico considerar que está ejerciendo acciones contra algo que desconoce y le es ajeno, y ello es más claro si se tiene en cuenta que la norma consagra que los actos del demandado deben realizarse **en juicio** ordinario tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia o que el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, y solo hay juicio cuando se ha trabado la relación jurídico procesal con la notificación respectiva del demandado.

Aunado a lo anterior, tal como se desprende del dispositivo en mención previo a resolver una solicitud de medidas cautelares, mediante auto escrito se debe citar a las partes a audiencia para que tengan la oportunidad de presentar pruebas acerca de la situación alegada.

Es entonces dicho trámite procesal una razón de más para razonar que la parte demandada debe tener conocimiento de la

acción judicial seguida en su contra, pues de lo contrario de manera alguna podría enterarse de tal citatorio como quiera que, al tratarse de una providencia dictada por fuera de audiencia como lo regula el reseñado dispositivo, *-entendiendo entonces que es escritural-* su notificación debe surtirse por anotación en estado, frente al cual no tendría ningún acceso, lisa y llanamente porque al no estar enterada de que existe una demanda en su contra, no habría razón para que debiera estar atenta a esta clase de trámites judiciales.

Adicionalmente tampoco habría lugar a establecer que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades económicas para el cumplimiento de sus obligaciones, pues si no se ha hecho parte del proceso no es dable hacer juicio alguno al respecto y si bien es cierto reposa en el plenario algunos medios probatorios allegados tanto con la solicitud de la medida realizada en la demanda como con el recurso de alzada, el estudio y posterior criterio sobre la capacidad económica para el cumplimiento de las obligaciones deviene una vez se haya materializado la notificación del demandado, en cuanto antes de este acto, no opera la medida cautelar, ni la del art. 85 A, ni las innominadas, en tanto todas deben estudiarse conforme la norma procesal del trabajo, es decir, dentro del proceso para garantía del debido proceso de la parte demandada.

Lo anterior, excluye la posibilidad de que se imponga la medida por la simple voluntad del demandante, pues es necesario no sólo que la solicitud se respalde en razones plenamente fundadas y demostradas, sino también que la parte demandada se encuentre notificada, y tenga la oportunidad de presentar pruebas acerca de la situación alegada, conforme lo indica el mismo art. 85 A.

De otro lado, advierte la Sala que si bien la solicitud de medida cautelar no fue resuelta en audiencia especial, tal y como el referido artículo lo consagra (art.85 A del CPTSS), dicha irregularidad debe tenerse por subsanada en tanto no fue impugnada oportunamente por la parte demandante y en todo caso tampoco configura alguna de las causales de nulidad establecidas en los arts. 42 del CPTSS (única causal propia del procedimiento del trabajo) y 133 del CGP, que deba ser declarada en esta instancia, habiendo el acto procesal cumplido su finalidad y estando garantizado su derecho de defensa, al punto que interpone recurso de reposición y en subsidio apelación contra la providencia que le niega la solicitud de medida cautelar (primera actuación de la parte demandante sin alegar la irregularidad o proponer alguna causal de nulidad) y aporta pruebas adicionales a las allegadas con anterioridad al momento de elevar tal solicitud. (Parágrafo del art. 133 y arts. 135 y 136 del C.G.P.)

Aclarado lo anterior, se ha de resaltar que las medidas cautelares son, aquellos instrumentos que buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, sin que dichas medidas impliquen una decisión respecto de la existencia del derecho pretendido. Así lo recalcó la H. Corte Constitucional en sentencia C – 379 de 2004, mediante la cual declaró exequible el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, a través del cual se adicionó el artículo 85A del C.P.T. y de la S.S.

En la mentada sentencia C – 379 de 2004 se recalcó además: *“Desde luego que, de la solicitud de medidas cautelares puede abusarse en algunas oportunidades, y entonces para su control, no basta con que ellas sean impetradas, sino que es al juez al que corresponde decidir en cada caso concreto sobre su procedencia y su extensión, así como con respecto al cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto por*

la ley. Las medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias”.

Por todo lo anterior, contrario a lo señalado por el recurrente, para la Sala no se cumplen a cabalidad los presupuestos exigidos por el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para hacer procedente las medidas cautelares solicitadas, aunque le asiste razón en que la Corte Constitucional mediante pronunciamiento C-043-21 al analizar la constitucionalidad del artículo 37 A de la Ley 712 de 2001 el cual modificó el artículo 85 A del CPTSS, lo declaró condicionalmente exequible en el entendido que en la Jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal c, numeral 1 del artículo 590 del CGP, donde para tomar ésta decisión textualmente expuso: *“Para decretar la medida cautelar el juez apreciará, entre otras situaciones, la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”.*

Finalmente, en cuanto a decretar las medidas cautelares del art. 85 A y las innominadas del art. 590 del CGP, de ser necesarias, que refiere la parte recurrente, además de servir de fundamento lo ya expuesto, baste decir que esta instancia no podría decretar ninguna medida en tanto la petición contenida en la demanda se refiere a actos de la original demandada, previos a la presentación de la demanda y no puede cambiarse el objeto de la petición en el contenido del recurso de apelación ampliándolo a los sucesores procesales, sin violación del debido proceso incluido en él, el principio de la doble instancia, por lo que en la oportunidad procesal correspondiente queda a salvo la iniciativa que en dicho sentido pueda tener la parte demandante.

Así las cosas, la providencia de primer grado debe ser confirmada, aunque por las razones aquí expuestas, imponiendo condena en costas a cargo de la parte demandante, al resolverse de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto.

En armonía con las motivaciones hechas en precedencia, la Sala Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN,**

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto interlocutorio No.761 de fecha treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán—Cauca, dentro del presente proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por la señora **GLORIA NURY LEON FRANCO** contra **MARÍA CONSUELO VARONA DE HURTADO (q.e.p.d.), ADRIANA HURTADO VARONA y HEREDEROS INDETERMINADOS DE MARÍA CONSUELO VARONA DE HURTADO.**

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante al resolverse de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar valor de las agencias en derecho de esta segunda instancia, para lo cual la Secretaria de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente providencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo.

Proceso Ordinario Laboral: 2021-00058-01.
Demandante: Gloria Nury León Franco.
Demandado: María Consuelo Varona de Hurtado y Otros.
Asunto: Apelación auto- Niega Medida cautelar.

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE

*Firma válida
providencia judicial*

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL
CON SALVAMENTO DE VOTO

*Firma válida
providencia judicial*

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL