

**LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL EUFEMISMO CAUTELAR EN LA  
LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL.**



**Autores:**

Liseth Dayana Carmona Múnera  
Laura Yuliana Montoya Builes

**Asesor:**

Carlos Arturo Piedrahita  
Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma Latinoamericana

## **RESUMEN:**

El acceso a la administración de justicia es un presupuesto fundamental del Estado Social de Derecho, que en un sentido unívoco, es entendida como la posibilidad de poner a disposición del ciudadano como forma de protección de sus derechos, el proceso judicial a través del ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan los integrantes del Poder Judicial y en donde no se puede colegir, a priori, que es equivalente a tutela judicial efectiva, en tanto que este derecho, se reduce a brindar garantías judiciales antes, durante y después del proceso judicial . No obstante, esa legitimidad se pone en duda a causa de que no existen instrumentos cautelares que permitan la obtención material y efectiva de la tutela judicial. Estas limitaciones se acentúa en la legislación procesal laboral cuando se prevé de una única medida cautelar en los procesos declarativos, cuya desproporcionalidad sea condicionada a la circunstancia de probar y manifestar bajo la gravedad de juramento, la insolvencia del empleador o su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, a efectos de que la medida sea decretada y que a la postre, solo ampara el 50% del valor de las pretensiones, dejando por fuera del

marco de protección, el porcentaje restante.

**Palabras Claves:** Tutela Judicial Efectiva Laboral, Medidas Cautelares, Proporcionalidad, Cargas Procesales.

## **ABSTRAC**

Access to the administration of justice is a fundamental presupposition of the Social State of Law, which in a univocal sense, is understood as the possibility of making available to the citizen as a form of protection of their rights, the judicial process through the exercise of the jurisdictional function performed by the members of the Judiciary and where it cannot be inferred, a priori, that it is equivalent to effective judicial protection, while this right is reduced to providing judicial guarantees before, during and after the judicial process. However, this legitimacy is questioned because there are no precautionary instruments that allow the material and effective obtaining of judicial protection. These limitations are accentuated in the labor procedural legislation when a single precautionary measure is provided for in declarative processes, the disproportionality of which is conditioned to the circumstance of proving and manifesting under the gravity of an oath, the insolvency of the employer or his inability to comply with

his obligations. obligations, in order for the measure to be decreed and that ultimately only covers 50% of the value of the claims, leaving the remaining

percentage outside the protection framework.

**Keywords:** Effective Labor Judicial Protection, Precautionary Measures, Proportionality, Procedural Burdens.

## **TABLA DE CONTENIDO**

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. MEDIDAS CAUTELARES.....	5
Conceptualización.....	5
Características Generales.....	8
Cautelas en el Proceso Ordinario laboral.....	14
CAPÍTULO 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	21
Conceptualización.....	21
Proporcionalidad de la Medida Cautelar Laboral.....	28
CAPÍTULO 3. INTEGRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL.....	35
El principio de la Analogía.....	35
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	51

## INTRODUCCIÓN.

El principal objetivo del Estado Social de Derecho es aceptar e integrar el ordenamiento jurídico a partir de la propia Constitución y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales previstos en la parte Dogmática. De ahí que el derecho a la administración de justicia, también denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se concibe como

(...) la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimientos previstas en las leyes ( Sentencia C-279/13, 2013).

Así mismo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se relaciona directamente con la justicia como un principio axiológico que incorpora la Carta Magna y el cual confiere a las personas la garantía real y efectiva en el ordenamiento jurídico y a partir del cual se pretende asegurar la realización material de éste, por cuanto prevé de “ una significación múltiple y compleja en tanto que es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata” (Sentencia C-279/13, 2013) que no está condicionada exclusivamente a la potestad de concurrir físicamente ante la jurisdicción y formular las pretensiones que se avocan, sino que debe ser entendida como la oportunidad de mover las instancias judiciales y de que el juez u órgano jurisdiccional que asuma su conocimiento, solvete el asunto controversial que le ha sido planteado, mediante la garantía del debido proceso y de manera oportuna.

Y en virtud de que la tutela judicial efectiva no se concibe como la estricta solicitud formal o la proyección de las pretensiones procesales ante los respectivos órganos jurisdiccionales en tanto debe ser material y efectiva, el ordenamiento jurídico debe disponer de instrumentos o herramientas procesales que garanticen y salvaguarden de manera provisional y durante el lapso de tiempo en que se incursiona el proceso jurisdiccional, la integridad y materialidad del derecho que es controvertido, a efectos de que la providencia judicial proferida sea materialmente ejecutada y precaver que su sentido sea ilusorio.

Por ello, las medidas cautelares integran tales herramientas procesales, con los que el ordenamiento jurídico salvaguarda de manera provisional y en tanto cursa el proceso jurisdiccional, la integridad del derecho que se controvierte, so pena de que las providencias judiciales que se profieran sean ilusorias si la ley no estableciera mecanismos para garantizar la materialidad del derecho controvertido (Sentencia C-379/04, 2004)

De tal suerte que las cautelas disponen un extenso soporte constitucional, en tanto que son aquellos instrumentos procesales que materializan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto impide que las providencias judiciales se concreten en simples actos ilusorios y carentes de cualquier materialidad.

En lo que concierne a la legislación procesal laboral, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto Ley 2158, 1948) (en adelante CPT y SS) consagra en el artículo 85A (adicionado mediante la Ley 712, 2001, art.37A ) quizás la única medida cautelar para los procesos declarativos, no obstante la condiciona a ciertas cargas procesales que debe asumir el trabajador y que no se configuran como un carácter distintivo y elemental para el decreto de medidas cautelares dado los parámetros expresados por la jurisprudencia constitucional y la Doctrina Procesal. Es así que la referida disposición normativa, exige para el decreto de la cautela que el trabajador indique bajo la gravedad de juramento, los hechos y motivos sobre los cuales sustenta la solicitud, aunado al deber de probar los actos de insolvencia del empleador inclinados a obstaculizar la materialidad real y efectiva de la providencia judicial o cuando se encuentre en arduas dificultades para el acatamiento oportuno de sus deberes contractuales, a efectos de que el juez que avoca su conocimiento imponga una caución que a su prudente juicio puede oscilar entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la cautela.

De tal suerte, que la medida cautelar prevista en la legislación procesal solo ampara un porcentaje máximo equivalente al cincuenta (50%) del valor de las pretensiones y para lo cual el trabajador deberá asumir la carga procesal de probar la insolvencia del empleador o sus dificultades para el cumplimiento oportuno de las obligaciones, solicitud que deberá ser avocada bajo la gravedad de juramento. Condicionamientos que aparentemente son desproporcionales en tanto que exigen cargas procesales a la parte más frágil de la relación laboral que por su condición de subordinación respecto a la persona de que

proviene la violación, le resulta imposible asumirla porque las diferencias que enmarcan los conflictos o controversias laborales, es la marcada desigualdad económica que separa al trabajador del empleador.

Y si el propósito de avocar al proceso jurisdiccional es pretender que el trabajador por su condición de subordinación alcance en el proceso una igualdad sustantiva y real frente al empleador, el instrumento cautelar que se prevé es apenas aparente para el fin constitucionalmente pretendido, toda vez que ampara un porcentaje máximo del 50% del valor de las pretensiones y exige la carga procesal de probar y bajo la gravedad de juramento la insolvencia del Empleador o su dificultad para el pleno cumplimiento de sus obligaciones. De ahí que la cautela prevista en la legislación procesal laboral incorpora cargas procesales adicionales al sujeto o parte débil de la relación laboral y si bien no restringe su acceso a la administración de justicia en su sentido unívoco, esto es, como la posibilidad de acudir y formular sus pretensiones ante las autoridades judiciales, es evidente que si restringe la materialización de la sentencia e impide que la misma se materialice y se cumpla de manera efectiva.

Por lo tanto el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se restringe exclusivamente al porcentaje previsto, claro está, siempre que el trabajador y bajo la gravedad de juramento, logre probar la insolvencia del empleador o su dificultad para cumplir con las obligaciones. Lo que implica que de no probarse los actos insolventes del empleador, la parte más débil de la relación sustancial laboral, deberá ingresar al proceso jurisdiccional sin cautela que propenda por la garantía y efectividad material de las pretensiones, sin perjuicio que durante el mismo proceso declarativo y previo al ejecutivo, el empleador realice actos de insolvencia que vuelvan ilusorios la sentencia.

Además, la situación de que se indique bajo la gravedad de juramento los motivos o hechos que se sustenta la insolvencia del empleador para el decreto de la cautela, implica que el trabajador so pena de que se configure el tipo penal previsto en el Código Penal (Ley 599, 2000, art. 442), está en la obligación legal de probar los hechos sobre los cuales se sustenta el juramento. Es así que, el trabajador en el supuesto de que no logre probar la insolvencia del empleador o su imposibilidad de cumplir oportunamente con las obligaciones, no solo entrará al proceso jurisdiccional sin medida cautelar, sino que además su comportamiento es reprochable desde la perspectiva penal y susceptible de sanción.

Por tal motivo, no es congruente que el legislador imponga cargas procesales aparentemente desproporcionales que debe asumir el Trabajador en los procesos declarativos a efectos de que se decreta una medida cautelar que la postre, ampara entre el 30 % y 50% del valor de las pretensiones. Cargas procesales que no solo restringen la obtención y materialización plena y efectiva de la providencia judicial en tanto que solo ampara un porcentaje máximo del 50%, sino que además declina en un comportamiento reprochable desde el derecho penal.

Y no se trata de desconocer la buena fe procesal de que debe imperar en todos los procesos jurisdiccionales, sino en reconocer que no todas las actuaciones de las partes están sujetas al pleno cumplimiento de sus obligaciones contractuales y procesales. Además, la Corte Constitucional ha precisado que los derechos del trabajador se configuran dentro del ordenamiento jurídico como principio rector del Estado Social de Derecho que restringe la libertad de configuración legislativa, al imponer unas reglas mínimas laborales que no pueden ser desconocidas por el legislador (Sentencia C-593/14, 2014).

De ahí que, el instrumento cautelar previsto en la legislación procesal laboral, es apenas aparente o parcial en la garantía de la tutela judicial efectiva de las acreencias laborales del trabajador, como principio rector del Estado Social de Derecho.

Ante tal situación, se prevé entonces la posibilidad de extrapolar o integrar la legislación procesal laboral con las medidas cautelares que se consagran en el Estatuto Procesal (CGP), concretamente la cautela de inscripción de la demanda, toda vez que presenta ciertas características y acredita la misma idoneidad y es menos lesiva en la garantía de la tutela judicial efectiva.

Así las cosas, el presente trabajo se estructurará en cuatro ejes temáticos o capítulos. El primero consistirá en la conceptualización de las medidas cautelares, sus características y la acepción de la cautela que prevé el CPT y SS. El segundo, referirá a una aproximación conceptual del derecho fundamental la Tutela Judicial Efectiva y la implementación del test de proporcionalidad. El tercero consistirá en la posibilidad de integrar el CPT y SS con las medidas cautelares que se consagran en el Código General del Proceso. Y en cuarto lugar, se asumen las conclusiones.



## CAPÍTULO 1. MEDIDAS CAUTELARES.

### Conceptualización.

Los instrumentos cautelares se han concebido desde sus orígenes como una herramienta jurídica que pretende, por parte del accionante o demandante, garantizar el cumplimiento anticipado y efectivo de la pretensión que se discute. En el Derecho Romano las medidas cautelares no se concebían como en la actualidad, sin embargo, se disponían de instituciones semejantes que cumplían fines u objetivos similares a los vigentes. En tal sentido, durante la vigencia de las XII tablas se buscó prevenir y evitar que el demandado ejecutara actos tendientes a impedir la materialización del fallo, mediante medidas que tenían por objeto asegurar el cumplimiento del derecho solicitado, en razón de que

(...) los acreedores de un deudor condenado judicialmente al pago de una deuda, lejos de estar autorizados para matarlo, tenían que permitir al deudor el resarcimiento de su deuda mediante trabajos forzosos. Incluso más tarde se diseñaría un procedimiento para declarar la quiebra de un deudor mediante la venta forzosa de sus bienes en beneficio de sus acreedores (Peter Gonville, 2000, p. 9)

De manera análoga, el pretor disponía de gran margen de discrecionalidad para conceder “(...) la posesión provisional de la cosa-objeto del pleito- a cualquiera de las partes. Prefiere a quien preste mejor fianza: la que asegure la devolución de aquella y la devolución de los frutos, en caso de perder el juicio” (Valencia Restrepo, 2011, p. 651)

Con el devenir del tiempo y en razón a los cambios sociales y normativos, en los ordenamientos jurídicos actuales y en especial en el ordenamiento procesal colombiano el concepto de medida cautelar adquirió nuevas connotaciones. Como el desarrollo de todo proceso jurisdiccional implica el agotamiento de etapas procesales y que conforme a un estricto orden legal requieren necesariamente de tiempo para su tramitación, emerge las medidas cautelares buscando mantener el equilibrio procesal y por efecto del tiempo, anticipar los daños o perjuicios que se pueden ocasionar mientras se esperan las decisiones definitivas del derecho objeto de litigio.

Francesco Carnelutti, refiriéndose al valor que el tiempo tiene en el proceso, expresa

(...) que una experiencia elemental enseña que la duración del proceso agrava su peso progresivamente sobre los hombros de la parte más débil, hasta el punto de debilitarla cada vez más, por eso el proceso cautelar (...), tiene el fin y el efecto de evitar aquel

cambio más nocivo que consiste en el empeorar progresivo de la situación de la otra parte” (1997, pp. 230–231).

En consonancia, Hernando Devis Echandía dispone que “la situación anormal que se requiere corregir subsiste, con sus daños consiguientes. De ahí la necesidad de buscarle una solución preventiva, provisional, que pueda tener ocurrencia antes que el proceso se inicie o después y mientras concluye su trámite” (1964, p. 143).

Por su parte, para Hernán Fabio López Blanco la medida cautelar “ busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, los bienes o los medios de prueba mientras inicia un proceso o se adelanta el mismo” (2016, p. 1075). Porque las sentencias de las autoridades judiciales serían ilusorias si la legislación no estableciera mecanismos para asegurar el cumplimiento material de la decisión, generando la afectación del derecho controvertido mientras cursa el proceso, ante el riesgo ocasionado por la demora propia del proceso judicial y la materialización del derecho.

Habría que decir también, que la tardanza judicial que usualmente se genera en la administración de justicia impide la materialización del derecho sustancial, de ahí que, para Piero Calamandrei la medida cautelar “nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”(1984, p. 43).

En ese mismo sentido, Jorge Forero Silva (2014) aduce que las medidas cautelares tienen el propósito de garantizar la igualdad procesal, en la medida que compensan los gravosos tramites del proceso judicial, al permitir que quién acude a la administración de justicia, conserve una situación similar a la que existía al avocar el proceso y al mismo tiempo, permite la ejecutoriedad de la sentencia que restablece sus derechos (citado por Sacipa Lozano, 2017, pp. 70–71).

En efecto, los derechos sustanciales que son controvertidos asumen cierto grado de afectación en virtud del tiempo que usualmente irrumpe en el desarrollo del proceso jurisdiccional, toda vez que el operador jurídico está condicionado, so pena de desconocer el debido proceso constitucional, ha la obligatoriedad legal de apurar en su orden las distintas etapas que componen o integran el proceso jurisdiccional a efectos de proferir sentencia de fondo. Lo cual ocasiona que mientras se tramita o se curse la plenitud de

etapas que incorpora todo proceso judicial, el derecho que se controvierte puede resultar afectado por factores exógenos, de ahí que la medida cautelar despunta como una valiosa herramienta para contrarrestar ese riesgo e impedir que una eventual sentencia resulte inocua. Al respecto, Piero Calamandrei ( n.d.) afirma que el derecho objeto de controversia es agravado por el inevitablemente retardo en razón del agotamiento de las etapas que compone el proceso jurisdiccional, de ahí que la actividad cautelar esté pensada precisamente como enmienda judicial, al evitar de manera anticipada y provisionalmente, los previsibles daños (citado por Sentencia C- 925/99, 1999).

No quiere ello significar que la medida cautelar sea un prejuzgamiento, en vista que se impone preventivamente antes de que el demandado sea derrotado en juicio, sino que con ella se busca asegurar el cumplimiento de una obligación o de un deber de origen jurisdiccional, legal o convencional, y en donde el ordenamiento jurídico ha establecido algunos requisitos que deben ser cumplidos para decretarlas, con lo cual, la legislación busca que como instrumentos que aseguran la efectividad de las decisiones judiciales, sean razonables y proporcionales (Sentencia C-490/ 00, 2000).

Por tal motivo, no pueden concebirse las medidas cautelares cuya interpretación permita inferir que su sentido o alcance se asemeja o es igual al de una sanción o a un prejuzgamiento impuesto en tanto que puede afectar los intereses de la parte procesal contra quién se promueve y aun antes de integrarse la litis, por el contrario, su razón de ser es la de salvaguardar el derecho que se controvierte en el proceso jurisdiccional a efectos de que no resulte agravado por el simple transcurso del proceso judicial o por algún comportamiento que ejecute el demandado.

Respecto a su naturaleza jurídica, la Corte Constitucional sostiene que como acto jurisdiccional su naturaleza es preventiva y provisional; preventiva porque al ejecutarse sobre los bienes, personas y medios de prueba, permite conservar sobre ellos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el proceso judicial; y provisional, porque se adoptan mientras cursa el proceso judicial y se profiere sentencia que satisfaga el derecho controvertido (Sentencia C- 925/ 99, 1999).

No obstante, algunos doctrinantes sostienen que la medida cautelar al actuar en beneficio exclusivo de un interés particular, no es la única función que cumple, en tanto que también actúa en beneficio del orden jurídico en su integridad, al perimir que todas las providencias judiciales sean plenamente ejecutadas, a efectos de garantizar la eficacia y

la seriedad de la función jurisdiccional (Couture, n.d., citado por López Blanco, 2016, p. 1076).

Por otro lado, cabe mencionar que las medidas cautelares pueden ser de tres clases: reales, personales y probatorias. Son reales las que recaen sobre bienes objeto del litigio; las personales son las que recaen sobre personas que son parte del proceso o están vinculadas al mismo; y la medida cautelar probatoria versa sobre la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, en donde la parte interesada en una prueba considera prudente su práctica anticipada para que obre o no en un proceso posterior (Mesa Calle, 2004, p. 568).

En lo que respecta a la prueba anticipada, se asume que no es una medida cautelar porque no supone un aseguramiento anticipado y efectivo de la pretensión, sino que tiene por finalidad conjurar el riesgo de pérdida de ciertos resultados probatorios, mediante la solicitud y práctica de pruebas, cuya producción puede resultar imposible en el periodo procesal oportuno para la fijación de los hechos que fundamentan las pretensiones. La prueba anticipada no se asume de un modo distinto a la prueba practicada procesalmente y al igual que esta última, su virtud es fundamentar la pretensión y no pretender en modo alguno asegurar el cumplimiento efectivo y anticipado de una eventual sentencia estimatoria.

Su práctica anticipada en el proceso, se debe únicamente a la necesidad de asegurar una determinada fuente probatoria, que corre el riesgo por factores exógenos de desaparecer y en consecuencia, la imposibilidad de introducirla al proceso a través de alguno de los medios probatorios que determine la ley. De ahí que, las medidas cautelares tratan de asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, en tanto la prueba anticipada trata solo de asegurar la práctica de un determinado medio de prueba, por lo que su finalidad última, está en que la sentencia se dicte con una adecuada motivación fáctica y no propugna por su anticipado y efectivo cumplimiento.

### **Características Generales**

De toda medida cautelar se puede decir que, por regla general, asumen los siguientes rasgos característicos:

Son instrumentales: Son un medio propio del proceso que sirve para materializar la eficacia y efectividad del mismo, en aras de garantizar la satisfacción del derecho sustancial (Sentencia C-431/ 95, 1995). Por tanto, no pueden entenderse como una

sanción porque su razón de ser es la de garantizar un derecho y, además, no tiene la virtud de desconocer ni extinguir el derecho o los intereses de los sujetos contra quienes se promueve.

Son Provisionales: En la medida que cumplen su función mientras se profiere la decisión que resuelve definitivamente el conflicto o se satisfaga cabalmente el derecho sustancial y pueden modificarse o suprimirse por el demandante o por el sujeto afectado mediante el ofrecimiento de una contragarantía y cuando el derecho objeto del litigio no se materializa, y persisten mientras subsista los fundamentos de hecho o de derecho existentes al tiempo de decretarlas (Sentencia C-523/09, 2009).

Son Accesorias: Dependen de una pretensión inicial, porque su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de un proceso y se sujetan a las contingencias y vicisitudes de éste. Sin embargo, para la Corte Constitucional las medidas cautelares “a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos (vgr. Separación de bienes, protección policiva de la posesión de hecho, etc.) cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo”(Sentencia C-840/ 01, 2001).

Se disgrega de la postura de la Corte Constitucional, de asumir a las medidas cautelares como verdaderos procesos autónomos porque como aduce Ramiro Podetti (1978) “solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se efectuará el derecho” (citado por Enrique Palacio, n.d., p. 96) y no existe a su juicio [Podetti] una acción cautelar (en sentido clásico de acción) diferente de una acción de condena o declarativa, constitutiva o ejecutiva (Ramiro Podetti, 1956, pp. 15–17) . Motivo por el cual, el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012, art. 590 y 599)estableció una regulación propia de las medidas cautelares que van supeditadas o acompañadas de procesos declarativos y otras medidas inherentes a procesos ejecutivos.

Por lo que la finalidad cautelar se concibe de manera única y exclusiva, para garantizar el cumplimiento efectivo y material de la providencia que se profiere en el proceso judicial, lo que permite reafirmar la accesoriedad, como característica inescindible de las medidas cautelares en tanto que no pueden subsistir por si mismas al carecer de autonomía definitoria de cualquier origen diferente a su instrumentalidad para garantizar el cumplimiento anticipado y efectivo de la pretensión, justamente el objeto principal del proceso.

Además, de acuerdo a la pretensión planteada, procederá determinada medida cautelar. En los procesos de separación de bienes, el CGP permite como medida cautelar el embargo y secuestro de los bienes objeto de gananciales, cuando estuvieren en cabeza del otro cónyuge o compañero permanente (Ley 1564, 2012, art. 598 numeral 1), sin que ello implique que ante la necesidad de impetrar una determinada medida para salvaguardar el derecho, se pueda concebir como un proceso cautelar autónomo, porque si la finalidad es la separación de los bienes, la medida se incoa no como pretensión autónoma, sino supeditada a la pretensión principal, que es en última, impedir que alguno de los cónyuges ponga en detrimento los bienes de la sociedad conyugal.

Son Taxativas: Por cuanto su creación se circunscribe a disposiciones estrictamente legales y no obedecen al simple capricho del funcionario jurisdiccional. Se tiene entonces que el legislador en virtud de su potestad de configuración legislativa, determina cuales cautelas son procedentes y en qué procesos, al igual que establece los requisitos de oportunidad para solicitarlas, decretarlas y practicarlas, y dado que pueden ocasionar perjuicios a la parte demandada, habrá de expedir las normas para resarcirlo (Sentencia C-484/02, 2002).

Cabe anotar que esta característica es propia de las cautelas nominadas, esto es, de aquellas que están previstas expresamente por el legislador para ser decretadas por el juez en determinados procedimientos, previa verificación de los requisitos fácticos y jurídicos que la justifican. No obstante, el CGP incorporó en el régimen procesal las medidas cautelares innominadas (Ley 1564, 2012, art. 590 numeral 1 literal C), las cuales se distinguen porque no están contempladas en la ley de manera específica y concreta como ocurre con las nominadas, sino que son dictadas por el juez, a petición de parte, conforme a la sana crítica y atendiendo a la diversidad de las circunstancias que predica la realidad jurídica, que difícilmente pueden estar contempladas en su totalidad en la legislación procesal, a efectos de escoger la medida más conveniente, apropiada e idónea para garantizar la efectividad de las sentencias.

Estas medidas encuentran sustento en lo que Calamandrei denominó poder *cautelar general*, o en palabras de Chiovenda (n.d.)“la figura general de la providencia provisoria cautelar; dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y su naturaleza” (citado por Calamandrei, 2005, pp. 66–67) . En este sentir, es claro que en el

derecho contemporáneo, las leyes no son completas, en el entendido de que no regulan de manera total, todas las situaciones que puedan surgir en sociedad y no contienen una disposición precisa y aplicable a todo asunto litigioso (López Medina, 2008, pp. 155–156), de ahí la necesidad de incorporar en legislación procesal las medidas cautelares innominadas, que ante la falta de omnisciencia del legislador, le permite al juez en el caso sub-examine decretar la medida según su discernimiento y cognición para garantizar la ejecución del derecho que se controvierte.

Así las cosas y ante la imposibilidad del legislador de prever todas las medidas cautelares aplicables y en consecuencia, la facultad del juez para decretarlas a su prudente juicio, se puede predicar la carencia de taxatividad en las medidas cautelares innominadas, sin escapar, claro está, del principio de legalidad previsto en el artículo 230 constitucional, en tanto que el juez puede acudir a ellas tan solo si la ley lo permite y bajo las reglas o condicionamientos establecidos en la misma. Por otra parte, para algunos autores, entre ellos Jorge Forero Silva, nada obsta para que el proceso declarativo dentro del cual una norma consagra cautelares específicas, puedan a dichas medidas sumarse otras de orden innominadas, si para el caso concreto las medidas tasadas por la ley son insuficientes para asegurar el cumplimiento de un eventual fallo favorable y más aún, cuando no hay impedimento legal para que tal conexidad sea procedente (2018, p. 35).

En razón de la tensión que suscita entre la necesidad de que existan instrumentos cautelares para salvaguardar la pretensión y asegurar la efectividad de las decisiones judiciales y el hecho de que dichos instrumentos procesales se impongan antes de que el demandado sea condenado en juicio, la doctrina procesal ha previsto algunos requisitos para su decreto. Así en el ordenamiento jurídico interno, la Corte Constitucional ha establecido tres exigencias consagradas en las sentencias C-490 de 2000 y C-379 de 2004:

1. Apariencia de buen derecho : “(fumus boni iuris) Que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia” ( Sentencia C-490/00, 2000). Para ello el juez deberá estudiar el derecho sustancial con la demanda y las pruebas que se aporten con la misma, a efectos de elaborar una hipótesis para establecer si conforme a las normas del ordenamiento jurídico, al demandante le asiste la razón en sus pretensiones.

Para Piero Calamandrei, este requisito se denota con la verosimilitud del derecho controvertido por el demandante, esto es, que el operador judicial pueda pronosticar o

prever mediante un cálculo de probabilidades que la sentencia judicial que se profiere, declarará el derecho en sentido favorable a la parte que solicitó el decreto de la medida cautelar (2005, p. 77).

Resulta útil señalar que para que la medida cautelar sea decretada, no requiere que el derecho sustancial controvertido sea cierto, sino que sea aparente, por tal motivo la cautela se admite bajo la responsabilidad de la parte demandante y a quién por regla general se le exige que previamente preste caución para suplir los perjuicios que pueda ocasionar con su decreto. Si la sentencia judicial declara infundado el derecho, la medida cautelar desaparece porque la apariencia del derecho en que se basa resulta ilusoria, quedando el deber a cargo del demandante de resarcir los daños irrogados con el decreto, si, por el contrario, la sentencia judicial declara existente el derecho, se configura los efectos de la medida cautelar para lo cual fue solicitada.

Además, es apenas evidente que por tratarse de una primera aproximación al estudio de la demanda con el auto admisorio de la misma, el juez no está en obligación legal de suscitar un estudio de fondo de la causa propio de la fase final del proceso y en cara al proferimiento de la sentencia judicial, sino que el análisis sobre la apariencia del buen derecho debe ser apenas introductorio o preliminar, a partir de la carga argumentativa y probatoria que debe asumir la parte que solicita la medida cautelar, como elementos suficientes para iniciar su valoración (Sentencia N<sup>o</sup>:11001-03-24-000-2013-00441-00/14, 2014).

2. Peligro en la demora “ (periculum in mora) Que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso”(Sentencia C-490/00, 2000). Constituye la razón de ser de las medidas cautelares y el interés jurídico que las justifica, en tanto que todo proceso jurisdiccional exige tiempo por el agotamiento de ciertas etapas que no pueden ser desconocidas sin violentar el debido proceso y se corre el riesgo de que el objeto del litigio sufra daños o deterioros, que se presenten incluso conductas de insolvencia que imposibiliten la materialización del derecho sustancial que pretende el demandante, logrando evitar más perjuicios para él, que los ocasionados por el demandado al constreñirlo a acudir a la administración de justicia. De ahí que el juez debe comprobar la existencia de dicho peligro como insoslayable requisito para conceder cualquier medida cautelar.

Se busca precisamente, suministrar anticipadamente los medios idóneos para asegurar y obtener la ejecución del derecho cuando a causa de la lentitud y dilaciones del proceso



ordinario<sup>1</sup>, el estado de insatisfacción del derecho es más probable, a efectos de que cuando se declare la certeza del derecho, la sentencia judicial sea prácticamente eficaz (Calamandrei, 2005, pp. 71–72).

3. Prestar Garantías: El accionante deberá prestar caución para “(...) cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas” (Sentencia C-490/00, 2000). Configura una eventual obligación de indemnizar a cargo del accionante, supeditada a la circunstancia de que no le asistiera el derecho y al deber de pagar los perjuicios que con las medidas haya ocasionado con su decreto.

Adicional a los requisitos esbozados, el CGP (art. 590 numeral 1 literal c) dispuso que el juez además deberá, constatar la legitimación o interés para actuar para el decreto de las medidas cautelares innominadas, como no ocurre en las medidas nominadas en donde la facultad para solicitar y decretar era por mandato expreso y concreto del legislador, previo estudio de los requisitos fácticos y jurídicos. En cambio, en las medidas cautelares innominadas, es necesario que el juez conlleve con el estudio de admisibilidad de la demanda, el de la legitimación de la causa, así mismo, puede el demandado al momento de la contestación de la demanda proponer la falta de legitimación en la causa por activa que, de prosperar, haría inoperante la medida solicitada.

Esto se debe, a que la medida cautelar innominada, al igual que la nominada no busca solamente salvaguardar anticipadamente los intereses del demandante, sino que al provenir del libre discernir del juez, se corre el riesgo de afectar los derechos del demandando, motivo por el cual, debe ser razonable y proporcional, esto es, “ (...) han de adaptarse a la naturaleza del derecho en juego y a la mejor manera de preservar el objetivo del cumplimiento del fallo eventual, sin excesos que causen perjuicios innecesarios a quien deba soportarlas” (Villamil Portilla, 2012, p. 175) a fin de garantizar la tutela judicial anticipada y efectiva, concatenada con el decreto de la medida cautelar.

Finalmente, en todas las medidas cautelares impera el acontecer dispositivo de parte, por ende está en el demandante proponerla o solicitarla ante el juez, para lo cual deberá acoplar los hechos a los dispositivos procesales que posibilitan su decreto y formular la

---

<sup>1</sup> El padecimiento temporal que se debe asumir en los procesos ordinarios, no se debe únicamente al agotamiento de etapas procesales, sino que también se debe a diversas contingencias externas al proceso; paros judiciales extraordinarios, los días de vacancia judicial otorgadas por la ley a los despachos, las actuaciones procesales de algunos abogados y jueces para dilatar los procesos judiciales, entre otras.

petición ante el operador jurídico para que las conceda, en pro de una estimación favorable. Sin embargo, en las medidas cautelares innominadas el juez podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada y disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cede de la medida cautelar adoptada (Ley 1564, 2012, art. 590 numeral 1 literal C).

Pero para algunos autores como Adolfo Alvarado Velloso, el juez al tener la facultad de decretar la medida más adecuada e idónea al caso concreto, así no sea decretada de oficio, lo es por tener la capacidad de modificarla y sustituirla, siendo el juez quien determina en últimas cual es la medida adecuada al caso y la que finalmente se practica, sin tener incidencia ni siquiera de la parte que la solicitó y ni qué decir de quien tiene que soportarla (n.d., p. 887).

### **Cautelas en el Proceso Ordinario laboral.**

Desde la práctica jurídica es evidente “que no puede concebirse una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, por cuanto las normas jurídicas que la reglamentan son sus susceptibles de ser violadas por sus destinatarios” (Devis Echandía, 2019, p. 4). Sin que sea ajena a tal realidad, los derechos de los trabajadores cuya relevancia jurídica se predica a partir de los derechos y obligaciones que se derivan de una relación contractual en la que prima el ejercicio de la voluntad de las partes. De ahí la existencia del proceso jurisdiccional “como una emanación de la soberanía del Estado para la tutela del orden jurídico y partir del cual, se pretende la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos” (Devis Echandía, 2019, p. 6).

Y con el propósito de propender por la declaración de certeza de los derechos subjetivos, en Colombia se consagró las medidas cautelares en el proceso ordinario laboral en los siguientes términos:

Artículo 85A. 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 indicará 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 (Decreto Ley 2158, 1948 art. 85A).

De la disposición transcrita pueden observarse varias situaciones, entre las que se encuentra que la imposición de la medida cautelar en el CPT y SS presenta un error semántico al otorgársele el calificativo de caución, lo que tiende a confundirse con la denominada “contra cautela” consagrada en otras normas del ordenamiento jurídico y aunque entre ellas pueda existir relación y presentar efectos semejantes, tienen características que permiten distinguirlas, por cuanto cada una de ellas responde a una necesidad diferente.

Las cauciones funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños que surgen cuando en el proceso judicial las medidas cautelares son revocadas, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada. De modo que la caución funciona en calidad de cautela de la medida cautelar, “así como la medida cautelar protege de los posibles efectos adversos del proceso, la caución protege de los posibles efectos adversos de la medida cautelar” (López Blanco, 2009, p. 31). Para Adolfo Alvarado Velloso “la contracautela es, en esencia, una verdadera cautela que el cautelante extiende a favor del cautelado para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a este”( n.d., p. 845).

En ese sentido, la caución está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios, que con ocasión al decreto de una medida cautelar se puede ocasionar cuando las pretensiones del accionante se encuentran infundadas. No obstante, la Corte Constitucional equiparó los efectos jurídicos propios de la medida cautelar al de caución, al establecer que esta última también tiene como finalidad salvaguardar el derecho sustancial objeto de litigio y lograr la efectividad de la sentencia judicial (Sentencia C-523/09, 2009).

Por otra parte, la medida como está consagrada no permite la satisfacción total de las acreencias laborales porque su rango de protección comprende entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento del decreto, quedando fuera del marco de protección el saldo restante. A pesar de la intención del legislador de garantizar los resultados del proceso, pareciese que la medida resulta ineficaz para el fin pretendido, en tanto si con ella se busca la garantía y la protección de los derechos patrimoniales del trabajador,

condicionarlos a un porcentaje entre el 30% y el 50% es impedir la materialización total de lo pretendido y, en consecuencia, el goce efectivo y pleno de los derechos laborales.

A su vez, el legislador en materia laboral, consagró el juicio ejecutivo como un proceso especial que le permite al trabajador alcanzar la ejecución del saldo adeudado, para lo cual prevé la posibilidad de solicitar “el embargo y secuestro de los bienes muebles o el mero embargo de inmuebles“ ( Decreto Ley 2158, 1948, art. 101.). Sin embargo, el legislador no es consciente o le resulta ajeno la realidad jurídica de que el empleador puede realizar actos tendientes a insolventarse en el tiempo que se lleva de iniciar el ejecutivo conexo una vez finalizado el ordinario laboral, a efectos de hacer inocua o vana la sentencia proferida mediante la enajenación de los bienes o la simulación de los mismos, situaciones que acaecen en la práctica judicial y que imposibilitan la materialización de los derechos laborales.

Resulta claro señalar que en el ordenamiento jurídico se presume la veracidad de los negocios jurídicos, toda vez que se reputan auténticos en tanto no se demuestre lo contrario (Sentencia C-071/004, 2004). De ahí que la necesidad de probar la discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada radica en quien pretende desvirtuar la presunción, de manera que si quién alega la simulación falla en demostrarla, “habrá de estarse mejor a la realidad de aquello que se hizo público”( Sentencia N° 3390/2014, 2014) . Así las cosas, la materialización y efectividad plena de los derechos laborales resulta estar condicionado a la favorabilidad de las pretensiones del proceso de simulación, porque si el trabajador no logra demostrar que la voluntad real no reflejada en los actos jurídicos realizados por el empleador eran tendientes a volver ilusoria los efectos de la sentencia ejecutiva, no podrá ver materializado sus derechos prestacionales, teniendo en cuenta además, que dicho proceso configura una carga más para la parte débil de la relación laboral y que debe asumir en procura de lograr la protección de su derecho.

En ese sentido, no se trata de desconocer la buena fe de las partes que debe imperar en los procesos, sino de reconocer que no todas sus conductas están supeditadas voluntariamente a cumplir con sus obligaciones.

Adicionado a esta circunstancia, el artículo le impone la carga procesal al trabajador de probar y bajo la gravedad de juramento los hechos y motivos que lo llevan a considerar

la insolvencia del empleador.<sup>2</sup> Si bien en el ordenamiento jurídico se consagra que las partes deben asumir ciertos deberes procesales que acarrearán el soportar cargas necesarias, útiles o permitentes para el correcto desarrollo de un proceso judicial (Sentencia C-807/09, 2009), esta carga en particular compromete el goce efectivo de los derechos laborales, en tanto que si el trabajador no logra probar los actos de insolvencia del empleador, accede a la administración de justicia sin garantía de lograr la efectividad de la sentencia, o en el mejor de los casos garantizándose un máximo del 50% de la pretensión. Además, corre el riesgo de que al iniciar el ejecutivo o en el transcurso del mismo proceso ordinario el empleador ejecute actos tendientes a insolventarse, de modo que condicionar la medida cautelar a un criterio probatorio dificulta la posibilidad de ejercer los derechos laborales, así como la forma para hacerlos efectivos.

Considerando, que la carga procesal de probar la insolvencia del demandado no se configura como un carácter distintivo o un requisito para el decreto de las medidas cautelares conforme a los parámetros expresados por la Corte Constitucional y la doctrina procesal, esbozados en párrafos precedentes, esto es, apariencia de buen derecho, peligro en mora y la obligación de prestar garantía. Lo que implica que la Ley 712 de 2001, no solo adicionó en el Decreto Ley 2158 de 1948, las medidas cautelares en el proceso ordinario laboral, sino que además incorporó un requisito adicional para su decreto, que ante la imposibilidad de ejercerlo o cumplirlo resulta trascendental para el éxito y satisfacción de los derechos prestacionales del trabajador. De manera que, la carga procesal es aparentemente desproporcionada, al considerar que el propio ordenamiento jurídico ha catalogado al trabajador como la parte débil de la relación laboral y que por su condición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de que proviene la violación, le resulta virtualmente imposible asumirla si se tiene en cuenta que presenta serias dificultades técnicas y económicas cuando requiere conocimientos especializados, porque constituye un costo significativo y cuando se tiene acceso restringido a la información sobre sus derechos.

El siguiente aspecto, parte de que una vez recibida la solicitud para el decreto de la caución, el juez mediante auto dictado por fuera de audiencia citará a audiencia especial al quinto (5) día hábil siguiente, para que concurren las partes y presenten las pruebas

---

<sup>2</sup> La trascendencia del juramento va más allá de la instancia procesal laboral y de la imposibilidad de decretarse la cautela, implica que si se falta a la gravedad del juramento, el trabajador podrá incurrir en la conducta punible prevista en tipo penal de falso testimonio del Código Penal (Ley 599, 2000, art. 442).

acerca de la situación alegada. Si el juez encuentra fundadas las pruebas aportadas procederá a decretar la medida y le exigirá al demandado prestar la respectiva caución, que será susceptible de apelación en el efecto devolutivo en caso de que la considere injusta; cuando el porcentaje de la caución no sea proporcional al valor de las pretensiones, o cuando decretada, se tomaron en consideración medios probatorios que no logran probar la insolvencia o las dificultades para el cumplimiento oportuno de la obligación, decisión que podrá revocar el superior. Lo que implica que una vez recurrida la caución por el empleador, su cumplimiento es obligatorio y se sigue cursando el proceso mientras se surte la apelación, que de confirmarla dejará en firme la caución fijada por el *a-quo*, pero en caso de revocarla o modificarla dejará sin efectos total o parcial el decreto de la medida y producirá otros. Si la medida es revocada, no habrá caución en la que el trabajador logre materializar el derecho, o si es modificada, la satisfacción del derecho se circunscribe a lo fijado por el *ad-quem* en la providencia.

En caso de que el juez no logre encontrar probada la insolvencia del empleador en la referida audiencia, no concederá la caución y el trabajador deberá ingresar al proceso sin medida que garantice la ejecución del derecho, situación en la cual, de encontrarse fundadas las pretensiones se iniciará el ejecutivo para lograr el cumplimiento de lo que ya fue declarado.

Así mismo, consagra la norma que, “si el empleador no presta caución en el término de cinco días contados desde su decreto, no será oído hasta tanto cumpla con dicha orden” (Decreto Ley 2158, 1948, art. 85A). Al respecto, esta norma fue demandada bajo el sustento de que representa una limitación “al derecho fundamental de defensa o contradicción al condicionarlo a la prestación de una caución frente al favorecimiento leve del principio de especial protección al trabajador, además presume la mala fe en la actuación del demandado” (Sentencia C-379/ 04, 2004).

La Corte Constitucional declaró exequible dicho apartado al considerar que el legislador es autónomo para establecer la estructura de los procesos judiciales sin que ello implique la vulneración al derecho fundamental al debido proceso, en tanto que la norma asegura el derecho a la defensa, porque el decreto de la medida se toma después de que el juez conforme a la sana crítica valore las pruebas y solo cuando considere que los resultados del proceso pueden ser desconocidas, justificando la caución en favor del trabajador (Sentencia C-379/ 04, 2004).

Además, la norma jurídica permite que la decisión sea apelada en el efecto devolutivo para que el superior confirme o revoque la medida en caso de que el demandado la considere injusta, sin que se le restrinja al *ad quo* la facultad de decretarla en caso de que la estime procedente, porque de lo contrario, la sentencia no tendría materialidad por los actos insolventes del empleador y carecería de sentido constitucional someter al trabajador a un arduo y largo proceso judicial si luego de serle reconocido sus derechos prestacionales, no puede serle materializada su pretensión, ante lo cual el demandado simplemente no tendría que acatar el fallo proferido en su contra (Sentencia C-379/04, 2004).

Y frente a la buena fe, adujo la Corte Constitucional que la situación de que el legislador estableciera de manera imperativa, mecanismos o herramientas procesales tendientes a evitar que el empleador eluda la condena en su contra mediante conductas insolventes, no es una razón suficiente para predicar el desconocimiento del principio constitucional de la buena fe, en tanto que tales comportamientos ocurren en la práctica jurídica y aceptar tal situación, equivaldría a suponer que todas las normas que integran el ordenamiento jurídico son inconstitucionales porque presume que los comportamientos de las partes procesales y los ciudadanos en general no se ciñen a lo en ellas establecido (Sentencia C-379/04, 2004).

En lo que respecta a los argumentos de inconstitucionalidad que le endilgaron a la disposición, se centraron en el derecho de defensa del demandado a ser oído en tanto cumpla con la caución y a la buena fe, lo que permite que sea susceptible de otro examen de constitucionalidad por razones distintas y bajo supuestos constitucionales diferentes.

Cabe precisar también, que las potestades cautelares en sede laboral conforme a la normatividad vigente son precarias en correlación con otras legislaciones o textos normativos de otros ordenamientos jurídicos en donde se consagran amplias potestades judiciales para el decreto de medidas cautelares en procesos ordinarios laborales. A modo de ejemplo, en Chile el Código del Trabajo (Ley 19.759, 2001) establece

Artículo 444. En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o a la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.

Con todo, las medidas cautelares que el juez decreta deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio (...)” (Ley 19.759, 2001).

La norma en cuestión, confiere al juez dentro de los procesos ordinarios laborales un papel protagónico en el decreto de las medidas cautelares y que se sustenta en la potestad o facultad de decretar la cautela que conforme a su libre discernir, considere más apta e idónea para salvaguardar el derecho pretendido. Además, prevé que la cautela que se decrete debe ser proporcional a la cuantía del proceso, lo que implica que deberá garantizar la totalidad de las pretensiones, con lo cual se evitaría la ausencia de contenido patrimonial del empleador en la enajenación de mala fe de los bienes de los que es titular, para evitar el cumplimiento de lo que eventualmente se ordenará en la sentencia. Aunado a la situación de que la medida cautelar podrá decretarse a petición de parte o de oficio, pues así se desprende de su sentido literal al no prever que modo determinante, la necesidad de que se avoque su decreto por la parte interesada en sacar adelante las pretensiones.

Por su Parte, el Código de Trabajo de Panamá (Decreto de Gabinete Nro. 252, 1971) ya facultaba al juez para decretar medidas cautelares nominadas (artículo 697) e innominadas (artículo 716),

**Artículo 697.** Para evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada trasponga, enajene, oculte, empeore, agrave o disipe los bienes muebles o inmuebles que posea, el demandante podrá pedir el secuestro en cualquier proceso.

La petición de secuestro deberá presentarse dando el demandante caución del diez al quince por ciento de la suma o cuantía del secuestro, para responder de los daños y perjuicios que pueda causar con su acción.

No se requerirá fianza cuando el trabajador presente prueba indiciaria grave de su derecho y un principio de prueba por escrito sobre los hechos que sirven de fundamento de la petición, que exista cuantía determinada o de fácil determinación, y que haya motivo justificado para temer que el demandado pueda resultar insolvente o que por cualquier otra forma pueda resultar ilusoria la sentencia.

Tampoco se requerirá fianza, cuando haya sentencia condenatoria de primera instancia, a prudente arbitrio del juez (Decreto de Gabinete Nro. 252, 1971) (Subrayado y Cursiva fuera del texto).

Esta cautela, además de ser rogada por la parte interesada, permite ser decretada en cualquier proceso y para lo cual el demandante deberá prestar caución del 10% al 15%. Y si bien la disposición normativa impone ciertas exigencias probatorias, las mismas se circunscriben únicamente a la caución y no al decreto de la medida cautelar. De ahí que en trabajador podrá solicitar el secuestro de los bienes muebles e inmuebles del empleador y sufragar la respectiva caución, al igual que presentar prueba indiciaria y prueba por



escrita sobre los hechos que sirven de fundamento de la petición a efectos de no asumirla, en uno u otro caso, el decreto de la medida cautelar de secuestro exige única y exclusivamente que sea solicitada por la parte interesada.

Así mismo, el ordenamiento jurídico panameño reconoció la falta de omnisciencia del legislador para prever las posibilidades infinitas que en el conglomerado social se presenta, por lo cual el Código de Trabajo incorporó dentro de su articulado las medidas cautelares innominadas,

**Artículo 716.** Además de los casos regulados, la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su decreto sufrirá daños o perjuicios inmediato o irreparable,  puede pedir al juez las medidas conservativas o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba al menos indiciaria de su derecho, además de la correspondiente caución por daños y perjuicios, que será de 10 por ciento a 15 por ciento, según las circunstancias.

La petición se tramitará y decidirá en lo conducente, de acuerdo con las reglas de esta título (Decreto de Gabinete Nro. 252, 1971)(Subrayado y Cursiva fuera del texto).

Del texto de la disposición transcrita se logra observar que; i) la cautela innominada tiene la facilidad de adaptarse a las particularidades de cada caso en concreto, lo que implica que no es operante únicamente para los procesos declarativos en donde se discuten pretensiones económicas; ii) requiere para su decreto, prueba al menos indiciaria del derecho (apariencia de buen derecho); iii) motivo justificado de temer que el derecho controvertido sufra deterioro o menoscabo durante el trámite del proceso ( peligro en la demora) y iv) exige una caución cuyo monto oscilará entre el 10% y 15% con el propósito de garantizar la eventual responsabilidad por los perjuicios que se puedan ocasionar con su decreto.

## **CAPÍTULO 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

### **Conceptualización**

Desde una definición teórica, puramente estructural o formal, Luigi Ferrajoli sostiene que son derechos fundamentales,

(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva

(de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas ( 2001, p. 19).

De tal suerte que son fundamentales todos aquellos derechos subjetivos exigibles de todo ser humano en cuanto está dotado del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, cuya previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es condición de su existencia o vigencia, bien sea que se sancione a en las Constituciones o en leyes.

Por su parte, Tulio Elí Chinchilla aduce que la dogmática constitucional utiliza la expresión de derechos fundamentales para referirse única y exclusivamente a aquellos derechos humanos que i) han logrado un reconocimiento explícito o implícito en Constituciones vigentes y que al mismo tiempo, ii) han sido blindados con el más alto nivel de garantías constitucionales y legales que el derecho positivo puede conferir, a través de instituciones judiciales y sustantivas ( 2020, p. 104).

Según esta precisión los derechos fundamentales son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivizados en el ordenamiento jurídico a través de su incorporación en la Carta Constitucional. Para el autor, el componente de fundamentabilidad de un derecho lo constituye su reconocimiento en una norma que ostente el rango de constitucional, que ocupe la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico y que sea la razón de validez de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico. La fundamentalización del derecho subjetivo iniciaría entonces, en el reconocimiento que le hace a partir de su incorporación en una norma constitucional en tanto que garantiza su “inderogabilidad por los poderes constituidos y en fuerza de irradiación para todo el ordenamiento, el cual debe ser interpretado, entonces, en clave de derechos fundamentales” (Elí Chinchilla, 2020, p. 107).

Cabe precisar, que el requisito de la fuente fundamental, ha de entenderse que el derecho predicable de todo ordenamiento jurídico debe ser deducible a partir de una Constitución o norma que ostente el rango constitucional, sin desconocer aquellas normas internacionales o que por expreso mandato constitucional, tienen el rango, la fuerza y el valor de canon constitucional aunque no figuren expresamente en ella, lo cual se conoce como el bloque de constitucionalidad (Elí Chinchilla, 2020, p. 105).

Entendiendo por bloque de constitucionalidad, aquellas normas no codificadas en la Constitución pero que tienen el mismo rango y valor constitucional, y como tales pueden servir de criterios de control de constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Por ello, para la Corte Constitucional integran el bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos y reconocen su intangibilidad en tanto que no pueden ser desconocidos ni en los estados excepción, al igual que integran el bloque de constitucionalidad los convenios sobre el derecho internacional humanitario, tales como el Convenio de Ginebra en atención al artículo 214 constitucional (Sentencia C-355/06, 2006).

Ahora bien, el Constituyente colombiano de 1991 abarcó un extenso y diversificado catálogo de derechos constitucionales y de muy variadas vertientes ideológicas, en tanto se prevén derechos subjetivos, individuales y colectivos. Es así que, la Constitución Política de 1991 optó por establecer un derecho fundamental de acceso a la administración de justicia previsto en el artículo 229 constitucional y en otorgar la función jurisdiccional a jueces y magistrados integrados en el Poder Judicial.

Esta garantía de acceder a la administración de justicia no se circunscribe única y exclusivamente a la potestad constitucional de asistir directa y físicamente ante las instituciones jurisdiccionales, por el contrario, implica desde la perspectiva material que luego de ser avocado el aparato judicial, la autoridad competente resuelva de fondo la controversia que le ha sido planteada (Sentencia C-279/13, 2013).

Esto, con el único propósito de que evitar que la providencia proferida se configure en un simple acto declarativo carente de materialidad. Es así que, la tutela judicial efectiva es el conducto a través del que se materializa el acceso a la administración de justicia en tanto que, sin su previo reconocimiento, sería imposible hacer absolutamente efectivas las garantías instrumentales y sustanciales que han sido establecidas para el pleno desenvolvimiento de las actuaciones judiciales.

En este sentir, la tutela judicial efectiva se extiende a la materialidad real y efectiva de la sentencia y en donde los instrumentos procesales que se empleen resulten realmente idóneos y eficaces, y no se restringe a la inocua formulación de la demanda ante los órganos judiciales o a la radicación formal de las pretensiones procesales ante éstos. De ahí que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es suficiente de que en el orden jurídico se prevea de la existencia de un recurso efectivo que pretenda formalmente

evitar la trasgresión del derecho que se discute, sino que además es necesario que el mismo sea idóneo y adecuado para restablecer la trasgresión que se ha ocasionado y garantizar su plena materialidad, sin que se limite a su simple admisibilidad formal ( Citado por Sentencia C-279/13, 2013).

Por su lado, el autor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo aduce que el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia tienen un mismo y único sentido, en tanto que

(...) los contenidos del derecho al acceso a la justicia son lo mismo del derecho a la tutela judicial efectiva; un derecho está implicado en el otro, es decir, el acceso incluye la efectiva y esta a su vez comprende al acceso (...) porque el acceso a la justicia es efectivo si además que el juez dé trámite a las peticiones resuelve efectivamente sobre las mismas (2017, p. 90).

De tal suerte, que la garantía a la tutela judicial efectiva se condiciona a la existencia de instrumentos procesales que sean realmente idóneos para remediar el grado de afectación o transgresión del derecho que se avoca, toda vez que para la protección de los derechos como para la solución de controversias, el derecho a la tutela judicial efectiva exige en el surtimiento del trámite procesal, que la actividad jurisdiccional esté orientada a asegurar de manera efectiva el goce de los derechos, cuya finalidad se circunscribe no solamente a la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales, o la posibilidad o facultad de utilizar los instrumentos o herramientas procesales previstas en la ley y a que se avoque su conocimiento, sino que requiere que estos instrumentos resulten realmente idóneos y eficaces para la materialización real del derecho sustancial.

Y en lo que concierne al derecho laboral, encuentra fundamental respaldo y ampliación de su espectro normativo en el texto constitucional y en todas las demás normas que le integren<sup>3</sup>. De igual manera, se dispuso en el artículo 53 Constitucional, los derechos mínimos y las garantías de los trabajadores, al igual que el deber del legislador de asegurar que tales derechos y garantías no sean disminuidos y afectados, siendo realmente de una importancia sin precedentes en el constitucionalismo colombiano.

En efecto, la Carta Magna ordena al Congreso de la República la expedición del Estatuto del Trabajo y enuncia los principios mínimos fundamentales sobre los cuales se debe

---

<sup>3</sup> Artículo 93 de la Constitución, que hace relación al fenómeno que la dogmática constitucional ha denominado como el Bloque de Constitucionalidad.

estructurar; i) estabilidad laboral, ii) remuneración mínima, vital y móvil, iii) situación más favorable al trabajador, iv) irrenunciabilidad de beneficios mínimos, v) facultad para conciliar y transigir derechos inciertos y discutibles, vi) protección especial a la mujer, la maternidad y al trabajador menor de edad (Constitución Política, 1991, art.53.). No obstante, el legislador ha omitido el deber constitucional de expedir el Estatuto del Trabajo y resulta equívoco afirmar que el CST y SS lo reemplaza a plenitud, porque por un lado, su vigencia temporal es anterior a la Constitución Política y por el otro, la incorporación en el ordenamiento jurídico de los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 constitucional, se ha realizado a través de vía jurisprudencial que se limitan a resolver el caso en concreto y mediante leyes complementarias.

Empero, la protección de los derechos laborales en el ordenamiento normativo no solo se produjo por la mera enunciación y regulación normativa en el texto constitucional, sino también por la potencialización y materialización que necesariamente se produjo con la introducción de principios rectores en la legislación sustancial y procesal laboral, así como el establecimiento de instrumentos de guarda y protección de los derechos de los trabajadores. Por supuesto, también porque desde la base del pacto constituyente se expresaba el compromiso del Estado por la garantía y satisfacción de los derechos de los trabajadores y la consecuente constitucionalización del derecho, que trata de un ordenamiento jurídico constitucionalizado que se caracteriza por una Constitución que no sólo regula las relaciones entre los poderes del Estado, sino que también todo conflicto jurídico.

Además, cabe aclarar que el principio protectorio que orienta al derecho laboral se sitúa en la protección del trabajador como una de las partes en conflicto, con el propósito de que logre una igualdad real y material frente al empleador. De modo que la lógica que funge en la legislación laboral es la de proteger los intereses del trabajador sin que esto implique vulnerar los derechos del empleador, ya que su incorporación a una estructura empresarial, en virtud de una relación contractual, cuya regulación y control son el principal motivo de la vinculación, obligan a delinear y consagrar normativamente recursos efectivos, tendientes al amparo de sus derechos, así como garantizar la efectiva implementación de tales recursos por el sistema judicial, protegiendo al trabajador de los eventuales abusos que pueden surgir de una situación de poder que se expresa en criterios de subordinación respecto al empleador.

La relación laboral incorpora la subordinación como un elemento absolutamente único y distinto frente a las demás relaciones interpersonales que regula el ordenamiento jurídico. La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo, ha sido entendida por la Corte Constitucional como la potestad jurídica que dispone el empleador para exigir del trabajador ciertos comportamientos que le permitan regular su actividad laboral y que se concreta mediante la promulgación de instrucciones y ordenes y a través de la expedición e imposición de reglamentos, que consagran las funciones y obligaciones que le son propias al trabajador a efectos de obtener o alcanzar el pleno cumplimiento de los objetivos económicos que generalmente le asisten al empleador (Sentencia C-934/04, 2004 citado de Sentencia C-386/00, 2000).

Dicha subordinación de alguna manera resquebraja o rompe con el esquema clásico de las relaciones de coordinación entre iguales que impera en las demás relaciones interpersonales y se acerca en mayor medida a la relación de superioridad que en últimas es legitimado por el propio sistema jurídico, lo que ocasiona en algunos escenarios el detrimento de los derechos de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica. De ahí que los derechos que consagra la Constitución Política son relevantes para la relación jurídica a que da lugar el contrato de trabajo y la posibilidad del trabajador de acceder a la tutela judicial efectiva, plena y oportuna, porque la ejecución de los derechos laborales es tan importante como el reconocimiento y la existencia misma del derecho.

Entre los valores jurídicos que trae consigo la Constitución Política como inherentes al Estado Social de Derecho, está el de pretender garantizar una pronta y cumplida justicia mediante el acceso efectivo, oportuno y diligente a la administración de justicia. Por tal motivo, las decisiones judiciales no solo deben ser proferidas en fundamento de preceptos constitucionales y legales sino que también deben ser ejecutadas y cumplidas a cabalidad, porque poco sentido tendría que los sentenciadores adoptaran decisiones que en la práctica jurídica resulten inocuas al no ser materialmente ejecutadas, de ahí que las “medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional y desarrollan la eficacia de la administración de justicia como elemento integrante del derecho de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva” (Sentencia C-490/00, 2000).

De modo que la medida cautelar que dispone el CPT y SS obedece a un fin constitucional, concerniente a la garantía de los derechos patrimoniales y prestacionales del trabajador, aunque de manera parcial, por lo que podría afirmarse que la medida resulta algo

infructuosa para la finalidad pretendida al no garantizar a cabalidad y de manera absoluta el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que su contenido no versa en la protección y efectividad de todos los derechos procesalmente pretendidos.

Y para que la tutela judicial efectiva exista, no basta con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente eficaz e idónea conforme al derecho pretendido y los instrumentos procesales deben cumplir a cabalidad dicha finalidad, porque de lo contrario se estaría frente a una mera expectativa de cumplimiento que termina posponiendo la materialización del derecho.

Considerando que las acreencias laborales que ordinariamente exige el trabajador en el constreñimiento de la jurisdicción es el pago de sumas de dinero adeudadas por el empleador por concepto de salario, auxilio de transporte, cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, calzado de vestido y obra labor, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, intereses y sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato, como retribuciones por la prestación personal del servicio o como asunción económica de las contingencias propias del ejercicio de la actividad laboral, la materialización total de tales derechos y no solo su reconocimiento, configuran la tutela judicial efectiva.

Empero, el problema adquiere especial relieve cuando la medida cautelar que dispone la legislación procesal laboral para garantizar la tutela judicial efectiva en los procesos ordinarios laborales, solo ampara entre el 30% y 50 % del valor de las pretensiones al momento de presentarse la demanda y aunque se dispone de un proceso ejecutivo para materializar lo que fue declarado en el proceso ordinario, se asume el riesgo que durante el transcurso que se lleva de un proceso a otro, el obligado a cumplir con la obligación realice actos tendiente a insolventarse, sin que la medida permita la satisfacción total de los derechos declarados en el proceso ordinario, ni la protección del saldo restante de las eventuales conductas del demandado o del posible acaecimiento de factores exógenos, que permita alcanzar la materialización del porcentaje restante en el proceso ejecutivo.

Claro está, que la medida cautelar se predica para aquellos eventos en los que, en el vínculo laboral, el empleador es una persona natural porque las posibilidades de insolventarse son más factibles en comparación de las personas jurídicas que predicen de mayor solvencia económica

### **Proporcionalidad de la Medida Cautelar Laboral.**

En este apartado, se hará una lectura constitucional de la cautela laboral mediante la implementación del test de proporcionalidad. Para tal efecto, cabe inicialmente precisar que los ordenamientos jurídicos no están integrados exclusivamente por normas jurídicas o reglas, sino también por principios que al igual que las reglas son normas, pero que se distinguen en cuanto a su estructura lógica.

Las reglas son las normas jurídicas que tradicionalmente se han concebido, cuyo contenido dispone de una hipótesis normativa a la que se le atribuye necesariamente una consecuencia jurídica, siguiendo la forma; “si ocurre A entonces deber ser B”, y su aplicación se origina mediante la subsunción como una especie de silogismo, que como tal está integrada por dos premisas y una conclusión; 1) La premisa mayor es la norma con su estructura condicional hipotética, 2) la premisa menor es el supuesto de hecho o conducta acaecida y 3) la conclusión establece la necesidad o no de aplicar la sanción (Martinez Marulanda, 2005, pp. 387–391).

Por el contrario, los principios no son normas concebidas como una hipótesis normativa con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica bien determinados. Son en realidad “mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”(Bernal Pulido, n.d., p. 6 Citado de Robert Alexy) . En donde “las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos” (Bernal Pulido, n.d., p. 6). Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que se tiene en el ordenamiento jurídico, que por su “redacción abstracta, no tienen la estructura condicional hipotética de las reglas sino de mandatos de optimización, que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida de lo posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas” (Bernal Pulido, 2005, p. 96).

Ahora bien, el test de proporcionalidad ha sido concedido como el instrumento constitucional a través del cual se sopesan dos o más institutos jurídicos notablemente contradictorios entre sí, y que a su vez restringen o limitan la garantía y efectividad de algún derecho fundamental ( Sentencia C-144/15, 2015).



Para Bernal Pulido “la utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales” (2005, p. 66). La proporcionalidad como juicio rector permite establecer en materia de control cuando una determinada norma genera una afectación a los derechos fundamentales que resulta excesiva para el beneficio que reporta, en otras palabras, verifica si en relación con la finalidad pretendida, la medida contenida en la norma no termina afectando en forma desmedida y excesiva, derechos o intereses jurídicos de rango constitucional.

El test de proporcionalidad “se compone de tres (3) elementos que debe observar toda actuación estatal en la intervención de los derechos fundamentales, para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima” (Bernal Pulido, 2005, p. 66). Carlos Bernal Pulido identifica dichos elementos de la siguiente manera:

Idoneidad: [T]oda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Necesidad: [T]oda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

Proporcionalidad en sentido estricto: [L]as ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general (2005, pp. 66–67).

En ese orden de ideas, el objeto de aplicación del referido test de proporcionalidad, concerniente a la carga procesal del trabajador de probar la insolvencia del empleador, es el criterio de constitucionalidad que se asumirá del artículo 85A del Código Procesal Laboral desde el punto de vista de la afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En relación con este aspecto, cabe mencionar de manera anticipada, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia (Sentencias C-742/99, C-111/00, C-384/00, C-1270/00, C-1104/01, C-131/02, C-204/03 y C-798/03, C-662/04, C-520/09) ha reconocido que en materias procesales el ámbito de autonomía es especialmente amplio, porque en ejercicio de la cláusula de libertad de configuración normativa, el legislador cuenta con la posibilidad de determinar libremente lo relativo a las diversas acciones que se pueden impetrar, al igual que los procesos que a partir de ellas deberán surtirse; la radicación de competencia con excepción de las que ya están definidas por la

Constitución; las diligencias y etapas que comprenden los procesos; los recursos y medios de defensa que se pueden instaurar contra las decisiones judiciales; los medios de prueba que en cada proceso se podrá disponer; los deberes, obligaciones y cargas procesales que deben asumir las partes para el normal funcionamiento del proceso, entre otras (Sentencia C- 807/09, 2009).

a. Elemento de la idoneidad:

De acuerdo con este elemento, toda ley procesal laboral al tener por finalidad la realización de los derechos que en abstracto reconoce la normatividad sustancial, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de cumplir con una (1) exigencia, la cual consiste en que para que la medida cautelar sea idónea, debe salvaguardar un derecho fundamental u otro bien jurídico de rango constitucional, de lo contrario ha de entenderse su falta de idoneidad.

En este sentido, el fin constitucional perseguido con la medida cautelar es el de garantizar la tutela judicial efectiva, toda vez que dicho derecho no agota su contenido únicamente en la exigencia de que la parte demandante tenga acceso a la jurisdicción, ni se limita tampoco a garantizar una decisión de fondo, sino que también exige que la sentencia judicial se cumpla y que el demandante sea considerado en su derecho y compensado, si a ello hubiere lugar con sentencia estimatoria, porque de lo contrario sería disponer de las decisiones judiciales y el reconocimiento que ellas incorporan, en meras declaraciones de intenciones.

Porque las pretensiones sobre las que versa la demanda laboral no quedarán satisfechas con la mera sentencia que declare el derecho sino cuando lo consagrado en ella sea cumplido. De modo que, si la decisión judicial declara que las pretensiones formuladas son conforme a la normatividad sustancial laboral y accede a lo solicitado, la tutela judicial no será efectiva en tanto no se efectúe el mandato judicial y se materialice lo concedido. Y más aún, cuando los derechos laborales de los trabajadores adquieren una mayor prevalencia y garantía constitucional.

Así mismo, la medida cautelar también busca la igualdad de las partes como fin constitucional, al pretender que el trabajador por su condición de subordinación o debilidad, alcance en el proceso una igualdad sustantiva y real frente al empleador, porque

dentro de las diferencias que se marcan en las controversias laborales y acaso la más evidente, es la marcada desigualdad económica la que separa al trabajador del empleador.

b. Elemento de la necesidad:

De acuerdo con este elemento, para que la medida cautelar sea “necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (Bernal Pulido, 2005, p. 136).

Se trata entonces, de que todos los medios existentes para la consecución de la tutela judicial efectiva y la igualdad de las partes, la medida cautelar debe ser la que, en forma menos lesiva, interfiera en la efectividad del derecho. De tal manera, que la medida cautelar no logrará satisfacer el elemento de la necesidad, cuando en el ordenamiento jurídico se prevea de otra cautela que asuma por lo menos la misma idoneidad y que al sea al mismo tiempo, menos restrictiva de la tutela judicial efectiva y de la igualdad de las partes.

Efectivamente, existe otra medida alterna que, si bien es igual de idónea en la garantía de la igualdad de las partes, resulta ser más adecuada para alcanzar la tutela judicial efectiva y menos dañina del derecho, en relación a la medida cautelar que dispone la legislación procesal laboral. Dicha medida se encuentra en el régimen cautelar que dispone el CGP, más concretamente, la inscripción de la demanda como medida cautelar nominada (Ley 1564, 2012, art. 590 literal b).

En primer lugar, la inscripción de la demanda no se restringe a materializar un porcentaje entre el 30% y el 50% de las pretensiones al momento de presentarse la demanda, por cuanto que, “si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción y de los que se denuncien como propiedad del demandado, en cantidad suficiente” (Ley 1564, 2012, art. 590 numeral 1, literal b, inciso segundo) para el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Es una medida que conserva su vigencia para un posterior proceso, siempre y cuando se cumpla con la regla de promoverlo oportunamente. Se solicita desde el inicio del proceso declarativo y se extiende en alguna medida, hasta el proceso ejecutivo, toda vez que los

bienes sujetos a registro y afectados con la inscripción de la demandada se conciben con la cautela no solo hasta la culminación del proceso declarativo, sino que, de proferirse sentencia estimatoria, los mismos son embargados y secuestrados en el posterior proceso ejecutivo a efectos de materializar lo sentenciado, se busca precisamente, que los bienes se conserven durante el tiempo que se ocasione desde la declaración del derecho, hasta la ejecución del mismo. De ahí que en sentencia favorable a las pretensiones del demandante deba el juez en el trámite del proceso ejecutivo, ordenar el embargo y secuestro de los bienes sobre los cuales se constituyó registro de la demanda.

Por otra parte “esta medida cautelar, aunque no sustrae el bien del comercio y tampoco produce los efectos del secuestro, tiene por finalidad que los adquirentes del bien se sometan a los resultados de la sentencia que se dicte”(Forero Silva, 2018, p. 134) Así, si una persona compra el bien con ocasión a la inscripción de la demanda, está adquiriendo un bien materia de litigio y asume la suerte del proceso en que se ordenó la cautela (Forero Silva, 2018, p. 134).

En este sentido, en los procesos ordinarios laborales, la inscripción de la demanda impediría en mayor medida que el empleador realice actos que logren insolventarlo, porque si bien los bienes afectados con la inscripción no salen del comercio, todo acto dispositivo sobre ellos corre la suerte del proceso en donde se decretó la cautela, por lo que la ejecución de lo que ya fue declarado será más factible y el trabajador tendría la seguridad de que con independencia de los actos que realice el empleador sobre sus bienes, los mismos se conservarán para el caso de una eventual sentencia estimatoria.

Sin embargo, dispone también el CGP (art. 590 parágrafo 2) que la medida cautelar se levantará si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306 del CGP. El cual establece que cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, el demandante deberá solicitar la ejecución ante el juez de conocimiento para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada la sentencia declarativa, solicitud que se deberá formular dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia (Ley 1564, 2012, art. 306).

Ahora bien, el término de treinta (30) días que se dispone para iniciar el ejecutivo conexaso pena de levantar la referida medida cautelar, debe también extenderse a la legislación procesal laboral, porque de no ser así, la inscripción de la demanda perduraría

indefinidamente y se desnaturalizaría la provisionalidad o temporalidad como elementos esenciales de las medidas cautelares, además, el empleador no podría enajenar los bienes afectados con la medida sin correr el riesgo de que en cualquier momento se inicie el proceso para lograr la ejecución de lo que ya fue declarado y nadie estaría interesado en asumir un bien litigioso gravado con una medida cautelar que se podrá practicar en cualquier momento y aceptar las consecuencias que del proceso llegasen a derivar, lo que generaría una restricción al derecho de propiedad y a la libertad negocial y de disposición. Por otra parte, es apenas lógico que el trabajador luego de sentencia favorable, busque la inmediata ejecución de los derechos que le fueron ya declarados.

Por su parte, para el decreto de la inscripción de la demanda no se configura como requisito de su esencia, probar la eventual insolvencia del demandado o su dificultad para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, tan solo basta que el juez verifique los requisitos fácticos y jurídicos que la justifican; apariencia de buen derecho, peligro en la demora y fijación de caución. En cambio, tal carga procesal resulta una afrenta al derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos ordinarios laborales, porque la consecuencia que se dirige de forma exclusiva al trabajador como titular del derecho, ante la imposibilidad o negativa de ejercerla, consiste en un desfavorecimiento procesal injustificado que se refleja en la obligación de iniciar el proceso laboral sin medida cautelar que garantice de manera efectiva los derechos que posiblemente le pueden ser reconocidos en la sentencia. Y en donde, una vez declarados en la sentencia del proceso ordinario, para efectos del proceso ejecutivo, el empleador puede antes de constituirse en su contra alguna medida cautelar, disponer de sus bienes para hacer ilusorios los efectos de la sentencia proferida en su contra.

c. Elemento de la Proporcionalidad en Sentido Estricto:

De acuerdo con este elemento, para que la medida cautelar en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sea legítima, el grado de protección sobre el bien jurídico debe ser por lo menos equivalente al sacrificio que ella implica para su titular. En otras palabras, se requiere determinar de un lado, el equilibrio existente entre el beneficio que genera la medida cautelar con su decreto, y del otro, los costos o dificultades que con ella se originaría.

De cualquier manera, es de anotar que sí existe una percepción mucho más amplia sobre el gravamen o dificultad que para el trabajador representa tener que afrontar un proceso ordinario sin medida cautelar; por la imposibilidad de probar la eventual insolvencia del empleador y sobre el carácter ventajoso que la medida confiere al demandado ante la posibilidad que tiene de disponer de los bienes en el trámite del proceso ordinario o antes de iniciar el ejecutivo.

Así las cosas, en el escenario más frecuente en la jurisdicción laboral, cuando el demandado es una persona natural, la carga procesal en cabeza del trabajador resulta grave y trascendente para la tutela judicial efectiva, porque evocando los roles que tradicionalmente se asignan en la relación laboral a los empleadores y a los trabajadores, se considera que los segundos se encuentran en una situación de inferioridad jurídica respecto de los primeros, por lo que no están en capacidad de asumir mayores cargas sin consecuencias importantes, y la necesidad de probar la insolvencia del empleador para el decreto de la medida cautelar se configura en una desventaja irrazonable que beneficiaría principalmente a la parte fuerte de la relación laboral y resulta lesiva de los intereses de los trabajadores, si se tiene en cuenta que presentan serias dificultades técnicas al requerir conocimientos especializados, capacidad económica y basto conocimiento jurídico. Y ante la imposibilidad de suplir los requerimientos de la carga procesal, el trabajador deberá ingresar al proceso sin medida cautelar que garantice la tutela judicial efectiva y la materialización de lo condenado, o en el mejor de los casos garantizando solo del 30% al 50% del valor de las pretensiones, si resultare favorecido por la concesión de la medida cautelar.

De igual manera, resulta excesiva y lesiva la medida cautelar aún en los casos en que el trabajador logre asumir los costos y cargas resultantes para su decreto, porque esas mayores dificultades sin duda siguen restringiendo la tutela judicial efectiva, por cuanto no son equivalentes al beneficio adquirido, porque el porcentaje que ampara está sobre el 30% y 50% del valor de las pretensiones al momento de presentarse la demanda. De este modo, es ilegítimo que el decreto de la medida cautelar fuera restringida de una manera intensa y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o intermedio en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva. En virtud de este criterio y en conexión con el principio protectorio que rige el derecho laboral, es apenas lógico que la

ley atribuya a la tutela judicial efectiva un favorecimiento más intenso con una medida leve.

En suma, se encuentra que el artículo 85A del CPT y SS no supera el test de proporcionalidad propuesto. Si bien de un lado, pretende materializar y salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva como una finalidad legítima y acorde con los principios de la Constitución Política, por el otro, no puede catalogarse como necesaria porque somete al demandante a cargas procesales excesivas y que reporta en alguna medida, un privilegio injustificado a favor de los demandados, que puede generar situaciones violatorias de los derechos laborales y de la tutela judicial efectiva, por lo cual tampoco resulta ser proporcional en sentido estricto . Y Como bien lo aduce Bernal Pulido, “toda intervención en los derechos fundamentales que no observe la exigencia de estos elementos es ilegítima y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional” ( 2005, p. 67).

De ahí que se piense en la necesidad de integrar la legislación procesal laboral con la medida cautelar de inscripción de la demanda del CGP, al ostentar de la misma idoneidad en la garantía de la tutela judicial efectiva y por ser menos lesiva en la efectividad del derecho.

### **CAPÍTULO 3. INTEGRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL.**

#### **El principio de la Analogía.**

Es claro que el Código Procesal Laboral no dispone de un régimen de medidas cautelares, compuesto en un solo cuerpo normativo y en el que se disponga del conjunto de cautelas que permitan al operador jurídico, sobre determinadas situaciones, decretar la que resulte más razonable con la pretensión, a fin de concebir un régimen sistemático y armónico que por virtud de la coherencia y completud propias de las normas en cuanto a cómo se solicitan, se decretan y se practican las cautelas, se traduzca en certeza y seguridad jurídica, y se asegure de modo alguno, su observancia y aplicación. Tan solo se prevé de una medida cautelar aislada y referida a un caso en particular que no apela a encontrar su sentido a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al mismo orden legal y que guardan relación con ella. Y ante tal carencia de sistematicidad, queda por predicar, la ausencia de un régimen cautelar.

Frente a la integración de la legislación procesal laboral, el CPT y SS estableció en el artículo 145 la aplicación analógica y en el artículo 40 el principio de la libertad de formas procesales como los principales instrumentos con los que se llena el vacío normativo:

ART.40.-**Principio de libertad.** Los actos del proceso para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada los realizará el juez o dispondrá que se llevan a cabo. De manera adecuada al logro de su finalidad.

(...).

ART.145.-**Aplicación analógica.** A falta de disposiciones especiales en el procedimiento de trabajo se aplicarán las normas análogas de este decreto, y en su defecto, las del Código Judicial [ahora Código General del Proceso] (Decreto Ley 2158, 1948).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que es inequívoco la imposibilidad de decretar las medidas cautelares del CGP mediante la analogía como soporte jurídico, toda vez que se extrae del artículo 145 del CPT y SS que tal figura jurídica procede únicamente en el evento en que en el proceso laboral no se dispone de disposiciones especiales y en tanto la norma a aplicar sea compatible y necesaria para definir el asunto, lo cual no se evidencia en la legislación procesal laboral vigente porque el decreto de cautelas por actuaciones de la parte demandada tendientes a insolventarse, se encuentra regulado expresamente en el artículo 85A CPT y SS (Auto AL2761, 2016).

Se tiene entonces, que para la Corte Suprema de Justicia, la integración de la legislación procesal laboral a través de la analogía es posible cuando se cumpla conjuntamente con dos (2) circunstancias; en primer lugar, cuando en la codificación procesal laboral no se halle regulada la materia expresa siempre que, en segundo lugar, la disposición a aplicar sea compatible y necesaria para definir del caso en cuestión. Y si bien la Corte no precisó de manera expresa el alcance del principio de libertad de formas procesales, se logra deducir que sigue la misma línea interpretativa de la analogía por cuanto también exige que falta de normatividad legal vigente en un caso concreto.

Tal interpretación ha sido acogida por la doctrina, es así que el Tratadista Gerardo Botero Zuluaga aduce que

(...) las medidas cautelares en los procesos declarativos a que aluden los artículos 590 y siguientes del Código General del Proceso, no son procedentes en el procedimiento laboral, por cuanto nuestra codificación tiene una regulación especial para el efecto, como lo es el artículo 37 de la Ley 712 de 2001, que creó una nueva norma en nuestro estatuto (...), normatividad que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-379 de 2004. En consecuencia, como no existe ningún vacío que llenar a ese respecto, es improcedente acudir aquella preceptiva por no cumplirse las exigencias del artículo 145 del C.P.L y de la S.S. en concordancia con el artículo 1 del C.G. del P ( 2012, p. 141).



Pese a que la analogía como cualquier otro medio de aplicación de la ley, pretende disponer de una normatividad vigente y aplicable al caso concreto a efectos de eliminar el vacío o laguna, no es aplicable a la legislación procesal laboral toda vez que no existe una laguna o vacío cautelar que justifique la extensión o extrapolación de las medidas cautelares del CGP, en tanto que la cautela ya está reglada no obstante su infructuosidad y desproporcionalidad respecto al fin constitucionalmente perseguido. De tal suerte, que solo basta con pregonar la existencia de cualquier medio o instrumento procesal a efectos de tornar inútil la analogía, aunque se predique una notable deficiencia constitucional.

Por su parte, el Autor Fabián Vallejo Cabrera, denota la existencia de vacíos en la ley procesal del trabajo, para lo cual sostiene que el legislador consciente de esa circunstancia estableció en el artículo 145 del CPT y SS la aplicación analógica y en el artículo 40 el principio de la libertad de formas procesales, como instrumentos procesales.

[e]s condición sustancial para que proceda la analogía que exista vacío legal, esto es, que las leyes existentes no regulen el caso ni aún por vía de la interpretación extensiva de aquellas. En el reenvío, en cambio “[...] la solución del problema está legalmente prevista, así sea en lugar diferente. No hay en el reenvío laguna jurídica, por cuanto existe la norma directamente aplicable por la remisión de otra”

En tal sentido, es característica del reenvío que el legislador lo haya consagrado expresamente, requisito que no se da en el caso del artículo 145 del CPT y de la SS ya que la única institución en él regulada es la analogía (Vallejo Cabrera, 2016, p. 31).

En este sentido, la institución reglada en el artículo 145 del CPT y SS es únicamente la analogía y se debe, por ejemplo, a que las normas del CGP que contengan prohibiciones, sanciones y excepciones no son aplicables al proceso laboral porque por analogía no se pueden aplicar dichas normas. Todo lo contrario, si lo normado en el artículo 145 se predicara el principio de reenvío, por cuanto las referidas normas si tendrían aplicación en el proceso laboral (Vallejo Cabrera, 2016, p. 32).

Sin embargo, el referido autor también arguye que la relevancia de la analogía y el principio de formas procesales ha perdido vigencia en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del CGP, toda que en dicho precepto legal el legislador consagró en forma imperativa y obligatoria que las disposiciones normativas del Estatuto Procesal se aplican a los “asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios [y]a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad” (Ley 1564, 2012, art.1), como por ejemplo la laboral, “(...) en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes” (Ley 1564,2012, art.1).

De tal modo, que el “proceso laboral ha quedado reglado por el legislador en forma expresa y directa en toda su extensión por dos (2) clases de normas: una integrada por el CPT y SS y la otra por el conjunto normativo del CGP, cuya aplicación depende de que en el código de la especialidad no se tenga regulación expresa” (Vallejo Cabrera, 2016, pp. 31–31).

En este sentido, podría afirmarse que con la entrada en vigencia del CGP, es un despropósito no aplicar a la especialidad laboral las normas del CGP, toda vez que, pese a que existe una notable diferencia temporal en las vigencias de ambos estatutos procesales, es evidente que ambos concuerdan en señalar la aplicabilidad de las disposiciones del CGP siempre y cuando en el Estatuto Procesal Laboral no se regule de manera expresa en la especialidad. Bien podría predicarse bajo estas directrices, el imperativo legal que obliga a juez a aplicar los preceptos del CGP a las actuaciones laborales en lo no reglado en el propio código de la especialidad, empero, condicionada a la escasez normativa de este y no a la situación de que pese a existir preceptos en la especialidad, resultan infructuosos para el propósito que se persigue, en tanto resulta indiscutible en cuanto a su estructura y aplicabilidad, que las normas del CGP son más idóneas, necesarias y proporcionales para el fin perseguido.

De modo que, no es posible integrar la legislación procesal laboral con el régimen cautelar del CGP porque ateniendo al criterio de especialidad, la legislación laboral ya regula de manera expresa la medida cautelar nominada y no es posible sustituirla por la medida consagrada en el CGP, más concretamente la inscripción de la demanda, por cuanto la analogía como técnica de integración del derecho solo permite su aplicabilidad en presencia de lagunas, esto es, cuando determinado supuesto de hecho no viene regulado por ninguna norma expresa, y no cuando la norma que regula expresamente un supuesto de hecho, resulta infructuosa para el fin constitucionalmente pretendido.

De ahí, que es característica de la analogía que el legislador no haya consagrado expresamente las medidas cautelares en el CPT y SS, a efectos de lograr extender el régimen cautelar del CGP al proceso ordinario laboral. Requisito que no se configura porque la legislación procesal laboral regula de manera expresa su propia cautela nominada. Sin embargo, el CPT y SS no regula de manera expresa las medidas cautelares innominadas, las cuales son susceptibles de aplicación analógica y pueden concurrir con la medida cautelar prevista si esta es insuficiente para la efectividad del derecho material.

Por lo tanto, bien podría afirmarse que con la entrada en vigencia del CGP y la incorporación en la legislación procesal de las medidas cautelares innominadas, la cautela del CPT y SS resulta en gran medida modificada ya que a las normas propias de este, se les debe adicionar todas las normas del primero que regulen actos procesales que expresamente no lo haga el CPT y SS, por lo que es posible determinar que son procedentes las medidas cautelares innominadas en los procesos laborales por cuanto no están consagradas expresamente en el CPT y SS.

En suma, la técnica de integración del derecho que se adopta es la analogía y con independencia del articulado normativo que se asuma, bien sea el 145 del CPT y SS o el artículo 1° del CGP y resulta indiscutible que, en su estructura, serán las normas del CGP las que tengan presencia en las normas propias de la especialidad laboral cuando en ellas no estén regladas disposiciones expresas. Por consiguiente, para efectos de la integración de la ley procesal laboral, son las medidas cautelares innominadas las que pueden integrar la normativa laboral y quedan desprovistas de integración las medidas nominadas en virtud de la regulación expresa que dispone el CPT y SS de la caución como única cautela en los procesos ordinarios. Así pues, la enunciación del artículo 85A CPT y SS debe entenderse como taxativas y, por lo tanto, no susceptible de extensión por vía analógica.

En definitiva, del nuevo estatuto procesal, las medidas cautelares innominadas son las únicas que pueden integrar la normativa laboral. Ahora bien, a partir de la vigencia del régimen cautelar innominado se dispuso de una concepción amplia, al permitir la posibilidad de que se concedan todo tipo de medidas cautelares, una vez cumplidos los presupuestos respectivos (Apariencia de buen derecho, peligro en la demora y caución), quedando la elección de la medida a la libre apreciación del juez, sin dificultad alguna por la exigencia expresa de texto legal.

Se habla entonces, de un poder cautelar autónomo y genérico, no necesariamente requerido de especificación, por ser un poder connatural a la función jurisdiccional para la mejor tutela de los derechos, que permite al juez imponer la medida que mejor se adecue al derecho rogado y cuyo discernimiento y cognición le indique. Dicha facultad, Piero Calamandrei la concebía como el poder

(...) confiado al juez fuera de los institutos singulares (...), y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso (2005, p. 65).

De ahí, que las medidas cautelares innominadas parecen desprenderse de tal potestad cautelar general y le permiten al juez adoptar la que considere más oportuna a fin de asegurar el mejor resultado del proceso. Sin embargo, la carencia de especificidad legal no debe entenderse como la ausencia absoluta de legislación, por el contrario, el juez solo puede acudir a ellas en tanto el texto legal así lo disponga, porque de no ser así, se asumiría un poder jurisdiccional absoluto que rebosaría la competencia del legislador que, en ejercicio de la cláusula de libertad de configuración normativa, cuenta con la posibilidad de determinar libremente las acciones que se pueden impetrar, al igual que los procesos en que han de surtirse.

Ahora bien, que la medida cautelar innominada sea una forma de protección jurisdiccional de los derechos, no admite ninguna discusión. El inconveniente está en establecer cuáles son los alcances de esa protección. En ese sentido, la potestad cautelar genérica tiene una doble naturaleza, de un lado, desarrolla su función en el plano subjetivo porque le permite al juez conforme a su prudente juicio, decretar la cautela que la razón le indique como la más idónea, y por el otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo la posibilidad que tiene el juez de extrapolar cualquier otra cautela que se encuentre reglada en el ordenamiento jurídico.

Así, la función de la potestad cautelar genérica en función del plano subjetivo, supone la posibilidad del juez, respecto de la situación jurídica que ha sido llevada al proceso para ser protegida, adoptar la medida cautelar que luego de un ejercicio de ponderación, considera más adecuada. En tanto que, en el plano objetivo, se opta por extrapolar cualquier cautela del ordenamiento jurídico que se encuentre previamente reglada por el legislador. Esa doble concepción es primordial al momento de abordar la potestad cautelar genérica y debe ser considerada cada vez que se aproxime a su estudio.

Giusseppe Chiovenda, adujo que el decreto de la cautela general “ se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza” (2001, p. 163). De ahí que pueda disponer de la cautela que su libre albedrío le indique. Sin embargo, nada obsta para que el juez, en virtud del mismo poder cautelar genérico, decrete cualquier otra medida cautelar que esté prevista en cualquier otra disposición normativa del ordenamiento jurídico, porque el ejercicio de ponderación no se circunscribe de manera inescindible a un razonamiento que le permita innovar en el decreto de una cautela, sino, que dentro de las posibilidades jurídicas pueda decretar las cautelas que se regulan en otras disposiciones normativas

siempre y cuando conserve una consecuencia lógica con la pretensión que se discute en el proceso.

En este último evento el decreto de la medida cautelar no depende de modo alguno de la pura subjetividad del juez, porque al estar ya prevista en el ordenamiento jurídico por el legislador, el juez no debe realizar un razonamiento distinto al de verificar que la cautela y el propósito u objeto que pretende cautelar, conserve una consecuencia lógica y necesaria con la pretensión especial, sobre la cual se pretende decretar, toda vez, que la naturaleza y oportunidad ya están previstas previamente por el legislador, sin que le sea viable al juez disponer en contrario.

Es por ello, que lo innominado de las medidas cautelares pueda predicarse tanto en el sentido de ausencia de cautelas en todo el ordenamiento jurídico, como ausencia de las mismas en normas jurídicas especiales que regulan determinadas materias. Porque puede acontecer que determinado Código Procesal no disponga de las medidas cautelares necesarias para asegurar de manera efectiva y anticipada, las pretensiones que concretamente en él se regulan, pero se dispone de otras normas jurídicas que prevén la cautela requerida. En igual sentido, acontece que tanto el Código Procesal como las demás leyes del ordenamiento jurídico, no consagren la medida cautelar apta e idónea y a falta de tal disposición, se le permita al juez innovar la cautela y establecer su naturaleza y oportunidad.

De manera que la potestad cautelar genérica se concibe tanto como la libertad que dispone el órgano jurisdiccional para otorgar aquellas cautelas cuyo discernimiento y cognición le indique, como en el entendido, de concebirla como la discrecionalidad judicial para integrar procesalmente la legislación especial que atañe su conocimiento, con cualquier otra cautela que se disponga en cualquier parte del ordenamiento jurídico. Y ello se debe, a que en ambos sentidos se exige del órgano jurisdiccional un criterio de razonabilidad para su decreto.

Además, si de la Constitución surge la función jurisdiccional y con ella, el activismo judicial en la búsqueda de la genuina realización de la justicia como principio rector del Estado Social del Derecho, el juez debe adoptar además de los principios constitucionales, las demás normas del orden normativo para implementar las medidas necesarias para emitir un pronunciamiento judicial con amplio conocimiento de causa, es apenas lógico, que bajo la misma función jurisdiccional, comprometida ante todo con el deber de proferir

decisiones justas, el juez realice un estudio interpretativo exhaustivo del todo el ordenamiento jurídico para disponer de las cautelas que allí se encuentren previstas, para concretar de manera real y oportuna la decisión judicial y, claro está, la debida ejecución de ella, lo que representa a la vez, la garantía de un orden justo.

De esta manera, el alcance de la potestad cautelar genérica no se limita o se circunscribe únicamente a la simple innovación de medidas cautelares para atender las demandas de los sujetos procesales, su alcance también radica en la facultad del juez, de extrapolar cautelas a la luz del ordenamiento jurídico, por cuanto que su libre discernir y cognición pueden indicarle que más allá de crear cautelas, puede estudiar el ordenamiento en su integridad y decretar la medida cautelar que sirva para los fines que le son propios a la pretensión que avoca su conocimiento. Asumiendo pautas de pura objetividad, toda vez que la medida cautelar al estar prevista de manera taxativa, sea el legislador quién a su vez contemple cuando y como producirse, y dentro de qué términos operan, adquiriendo el juez el deber de establecer cuál es la consecuencia lógica de la cautela con la pretensión que se discute y de ahí su procedencia.

Por otra parte, este argumento también encuentra sustento en lo que se ha denominado la “constitucionalización del derecho procesal” (Priori Posada, 2016, p. 486), en el entendido de que el estudio de las normas procesales no puede, rescindir de los principios y normas constitucionales en la medida que son expresión de los preceptos constitucionales, de modo que la no previsión de medidas cautelares innominadas como institución procesal, permite concluir que no son exigibles en el ámbito de la realidad jurídica en razón a la vinculación directa que existe entre la Constitución y el juez. Por ende, no existe impedimento constitucional alguno para que se solicite y se decrete cualquier cautela del ordenamiento, distintas de las regladas en el Código de la especialidad, si con ello se busca garantizar la tutela judicial efectiva como derecho constitucional.

Así lo entiende el ordenamiento procesal al reconocer, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, la posibilidad de obtener cautelas para la protección de cualquier derecho. El CGP dispone de manera clara que en cualquier proceso declarativo el juez podrá decretarlas, al precisar; “cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio” (Ley 1564, 2012, art.590 literal c).

El término “cualquier otra medida”, funge como derrotero que indica al asumir una interpretación extensiva, que el juez puede dictar cualquier otra medida cautelar del ordenamiento como innominada, en tanto la misma no esté reglada en la disposición especial como nominada. De ahí, que pueda predicarse lo innominado de las cautelas, tanto en el sentido de que no esté consagrada en las disposiciones jurídicas de conocimiento, como en el entendido de que no se disponga de ella en todo el orden jurídico y se le permita al juez innovarla.

De tal suerte, que no se origina ningún impedimento normativo para solicitar como cautela innominada, cualquiera que tenga una consecuencia lógica con la naturaleza de la pretensión, que cumpla su fin y que esté ubicada en cualquier disposición normativa del ordenamiento jurídico, aun cuando se encuentre reglada como nominada en otros procedimientos, en tanto en el trámite especial – el proceso laboral - el legislador no prevea su taxatividad. Y en igual sentido, no se concibe impedimento alguno, para que el juez decrete dicha medida cautelar o la sustituya por cualquier otra cautela del ordenamiento jurídico que resulte ser la más conveniente, apropiada e idónea para la pretensión solicitada. En definitiva, se reafirma la potestad de disponer las medidas innominadas, aunque diversas normas hayan consagrado o enumerado algunas nominadas, que podrán servir como referente para ubicar la que resulte adecuada al caso en examen.

No quiere ello significar, que el juez ostente de discrecionalidad oficiosa para decretar o inventar la cautela que a su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte, empero, una vez que le ha sido solicitada puede sustituirla de manera oficiosa por otra más razonable. De ahí que el administrador de justicia podrá decretar las medidas cautelares que el Código no tipifica, con lo que puede ir más allá de lo dispuesto por la ley, pero bajo ciertos lineamientos que la haga razonable.

Esto, con ocasión a que las cautelas innominadas se permiten para todo proceso declarativo sin importar cuál es la pretensión que se aduce, asumiendo como único requerimiento una relación directa y acorde con las pretensiones de la demanda y que el demandante la haya solicitado en cualquier momento, desde la presentación de la demanda.

En este sentir, la cautela de la inscripción de la demanda reglada en el CGP como nominada, es extensible al CPT y SS como medida cautelar innominada, lo que le permite

al trabajador en el instante en que constriñe la jurisdicción, la posibilidad de satisfacer cabalmente la pretensión, toda vez que la cautela referida en ambos códigos, se asemejan en el objeto litigioso.

En cuanto a la naturaleza del proceso, se tiene que ambos son declarativos y en el texto del segmento distinguido con el literal b, numeral 1° del artículo 590 del CGP, se consagra la inscripción de la demanda cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, de tal suerte, que el objeto de las pretensiones que se surten en tales procesos, obedece al pago pecuniario de los perjuicios causados. Nada en esencia distinto, a lo reglado en el CPT y SS con la caución del artículo 85A, porque atendiendo a su redacción, el legislador consagró dicha cautela para los procesos en los cuales el trabajador solicita el reconocimiento y pago de acreencias laborales, de ahí que la naturaleza de la pretensión sea el pago pecuniario de algunos derechos laborales, incluyendo indemnizaciones, predicable en igual sentido, para los procesos de responsabilidad civil contractual y extracontractual regulados en la normatividad del CGP, siendo las pretensiones en ambos procesos, patrimoniales, pecuniarias o económicas.

Por consiguiente, la inscripción de la demanda como cautela innominada no resulta ilegítima en los procesos laborales para materializar del derecho que se pretende, ni violatoria de los principios constitucionales, por el contrario, garantiza en mayor medida la tutela judicial efectiva y contribuye a que prevalezca el derecho sustancial. Además, el decreto de la medida depende del contenido del derecho material, porque debe ser rogada por la parte con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención, y aunque el legislador le otorgó al juez amplio poder a fin de que con prudente juicio administre las cautelas en el proceso, no queda atado al criterio que inicialmente tuvo del demandante para solicitar su decreto, por cuanto una vez conoce los argumentos que el demandado aporta también al proceso con la contestación de la demanda y cuando propone excepciones, junto con la actividad probatoria que desarrolla, puede advertir que el derecho que aparentemente estaba fundado desapareció, o por el contrario, la apariencia de buen derecho que en principio no se observó, adquirió mayor relevancia.

En tales circunstancias, es evidente que el trabajador al solicitar la medida cautelar innominada deberá sustentarla adecuadamente y aportar los elementos de juicio que ofrezcan la apariencia de buen derecho a sus pretensiones, en tanto que mejores elementos



de juicio aporte, mayores posibilidades de éxito tendrá la solicitud, y naturalmente, el empleador podrá solicitarle al juez que reemplace la medida decretada por otra menos lesiva o incluso levantarla si a ello hubiere lugar.

De modo que la inscripción de la demanda como cautela innominada en el proceso laboral, puede ser decretada siempre que la pretensión sea patrimonial, pecuniaria o económica, a fin de garantizar la eventual condena. Y su criterio de innominado obedece a la facultad del operador jurídico, de realizar ejercicios de interpretación al momento que adoptar la cautela, para aplicar cualquier otra medida del ordenamiento jurídico que tenga una consecuencia lógica y directa con la pretensión implorada por el accionante, sin que esté prevista en el Código de la especialidad como una medida cautelar nominada, porque en virtud de la analogía como técnica de integración normativa, no permite cautela nominada distinta de la reglada en el artículo 85A del CPT y SS. Y nada obsta para que el juez pueda ponderar las consecuencias que la cautela pueda acarrear en armonía con lo pretendido, ordenando la más ajustada atendiendo al criterio de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y prestación de caución, pero se hace indispensable que el trabajador con la demanda transmita al juez dichos requerimientos, convencerlo sobre la plausibilidad de la pretensión, porque no podrá acceder a esta medida cautelar si no persuade al juez sobre los mismos.

Es evidente, que el juez deberá verificar si el trabajador que reclama la pretensión es en efecto el titular del derecho que se invoca en la demanda, por cuanto no es suficiente para el decreto de la inscripción de la demanda, que exista el derecho, sino que quién lo reclama sea en realidad a quien le corresponde. De ahí, que el trabajador deberá asumir una carga argumentativa y probatoria clara y concisa, que permitan al juez por medio de una inferencia lógica, llegar a la convicción necesaria y tomar la decisión que mejor ampare el derecho solicitado.

Ahora bien, cabe preguntarse si en el CPT y SS, en virtud de la coexistencia de cautelas nominadas con innominadas, la inscripción de la demanda como cautela innominada, adquiere un carácter residual o por el contrario, concurre de manera preferente con la caución del artículo 85A *ibídem*. Para tal efecto, se comparte la postura de Forero Silva cuando manifiesta;

Nada obsta para que en el proceso declarativo dentro del cual una norma consagra cautelas específicas, puedan a dichas medidas nutrirse otras de orden innominadas, si para el caso concreto afloran los criterios que dan solidez al *fumus bonis iuris* [apariencia de

buen derecho] y aquellas medidas- las tasadas en la ley- son insuficientes para asegurar el cumplimiento de un eventual fallo favorable para quien demanda ( 2018, p. 35).

Como no existe norma que prohíba el decreto de las cautelas innominadas para los procesos donde se permite cautelas nominada y específicas, y tampoco norma alguna que restrinja las medidas cautelares innominadas únicamente para los asuntos en que no se consagren medidas definidas para esos casos, se concluye que son coexistentes (Forero Silva, 2018, p. 36), y se podrá solicitar medidas innominadas cuando las típicas resultan infructuosas para la materialización de la pretensión. Así mismo, el juez de oficio podrá sustituir la cautela por una innominada siempre que sea razonada y consecuente con la pretensión que se persigue.

Finalmente, es necesario precisar que la inscripción de la demanda en los procesos laborales, debe sujetarse a la normatividad del CGP (Art. 591 y 592 ) que regula su producción. Lo que implica que se procederá a la inscripción de la demanda siempre y cuando el demandado sea la misma persona que aparece como propietario del bien objeto de medida, por cuanto la “(...) norma opta por un criterio subjetivo, en el sentido de que la persona que aparece como demandada debe ser la misma que figura en el registro como propietaria inscrita del bien”(Forero Silva, 2018, p. 135). Decretada la medida y proferida sentencia que acoge a la pretensión, el trabajador deberá promover el proceso ejecutivo (Art. 590 núm.2 párrafo 2 del CGP) dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia para solicitar el embargo y secuestro sobre los bienes en que previamente se inscribió la demanda , so pena de levantarse la inscripción, por cuanto las cautelas no pueden mantenerse indefinidamente, de ahí, que no permanezca vigente si el interesado no adelanta oportunamente el proceso respectivo. En igual sentido, deberá el trabajador prestar caución.

Sin perjuicio, de la facultad que tiene el trabajador de solicitar cualquier otra medida cautelar que se presente como razonable y adecuada con la pretensión que se controvierte, o de solicitada, la discrecionalidad del juez para modificarla conforme a su prudente juicio, por cualquier otra cautela que su libre discernir asuma como razonable en tanto conserve una relación directa y necesaria con la pretensión.

Para algunos la situación de que el trabajador preste caución, resulta ser excesiva y da lugar a evidentes abusos. Sin embargo, no se trata de permitir indiscriminadamente medidas cautelares, por cuanto cada cautela debe tener como soporte necesario y previo a su pronunciamiento, la correspondiente garantía o caución a efectos de asegurar en

forma amplia y suficiente el pago de los perjuicios que se ocasionen al demandado con su decreto. Además, de aplicarse la disposición normativa, la misma debe aplicarse en su integridad y no de manera fragmentada con el propósito de no desnaturalizar la cautela.

En ese orden de ideas, el trabajador como parte interesada en cautelar los bienes del empleador, deberá asumir la caución que dispone el numeral 2° del artículo 590 del CGP para el decreto de la inscripción demanda, correspondiente hasta al 20 por ciento del valor de las pretensiones invocada en la demanda, para responder del perjuicio derivado de su práctica en caso de que la sentencia proferida sea desestimatoria de las pretensiones. No obstante, el juez podrá según el criterio de apariencia de buen derecho, aumentarla o disminuirla, si tal criterio se cumple, podrá exigir una caución inferior al porcentaje previsto e incluso exonerar del pago de la caución o, al contrario, si no se advierte tal criterio, señalará un porcentaje mayor al 20 por ciento de la pretensión. Así lo manifiesta Hernán Fabio López Blanco al aducir que

(...) al fijar el monto de la caución puede el juez, observando la verosimilitud del derecho reclamado fijar una suma mayor o menor de acuerdo con las circunstancias, pues resulta innegable que usualmente la demanda constituye una útil orientación en orden a precisar dicho aspecto y es lógico que si el juez halla que existen posibilidades de éxito de la misma señale una caución de monto inferior a la que corresponde en el evento contrario (2005, p. 1056).

De modo que el monto de la caución no recae necesariamente en el equivalente previsto por la ley, por lo que el trabajador deberá esmerarse por sustentar adecuadamente la demanda y aportar los elementos de juicio que le ofrezca apariencia de buen derecho a sus pretensiones, a efectos de adquirir un porcentaje inferior en la caución. Por otra parte, en caso de que el trabajador no logre contar con la solvencia económica para sufragar el costo de la caución, podrá solicitar la figura del amparo de pobreza (Ley 1564, 2012, art. 151), “institución que busca garantizar el acceso a la administración de justicia de las personas que, al momento de acudir a ella, no cuenten con la capacidad económica para sufragar los gastos del mismo”(Sentencia C-668/16, 2016) , cuyos efectos se extienden a no estar “(...) obligado a prestar **cauciones procesales** ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas” (Ley 1564, 2012, art. 154) ( Negrillas fuera del texto).

De ahí que no se pueda olvidar la institución del amparo de pobreza a favor de la parte procesal que no disponga de los recursos económicos que le permita sufragar las cargas y expendios previstos en la ley para el pleno desarrollo de cualquier proceso

jurisdiccional, sin menoscabar su propio bienestar y de quienes se encuentra a su cargo. De ahí que si el trabajador, acude y solicita de manera oportuna el amparo de pobreza no se verá obligado a sobrellevar las graves consecuencias que se puede generar en aquellas situaciones en donde se le declare desestimada las pretensiones.

De tal suerte que, al instante de solicitar el decreto de la inscripción de la demanda, podrá el trabajador solicitar el amparo de pobreza con la demanda y una vez concedido, no estará obligado a prestar la referida caución y en situación tal, de ser desestimada las pretensiones, tampoco estará obligado a sufragar los perjuicios ocasionados con el decreto de la cautela, en tanto que los efectos del amparo cesan una vez la sentencia quede ejecutoriada.

Finalmente, cabe precisar que recientemente la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de forma condicionada del “artículo 37A de la Ley 712 de 2001 que adicionó el artículo 85A del CPT y SS, en el entendido que en los proceso ordinarios laborales pueden decretarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal C, numeral 1 del artículo 590 del CGP” (Sentencia C-043 de 2021).

Para tal efecto, adujo la Corte Constitucional que de la disposición acusada se derivan dos (2) interpretaciones. La primera refiere a la adoptada hasta ahora por la Corte Suprema de Justicia que impedía la remisión normativa por analogía de las cautelas innominadas del CGP al proceso ordinario laboral, porque conforme al artículo 145 del CPT y SS solo es posible por ausencia de norma especial y en el CPT y SS ya se regulaba una medida cautelar nominada. La segunda, consistía en reconocer que a través de la remisión normativa, podía integrarse la legislación procesal laboral con las cautelas innominadas reguladas en el literal C, numeral 1 del artículo 590 del CGP (Sentencia C-043/ 21, 2021).

A juicio de la Corte Constitucional, debía preferirse la segunda interpretación en tanto que permitía hacer efectivo los principios constitucionales de protección especial al derecho del trabajo y al derecho a la tutela judicial efectiva, los cuales se materializan en las reclamaciones judiciales de orden laboral (Sentencia C-043/21, 2021). Esto, por cuanto las cautelas innominadas permitirán al operador judicial en sede laboral, adoptar las cautela que resulte más idónea y adecuada para proteger o salvaguardar el derecho que se pretender, que puede versar entre otras, en pretensiones económicas. Con ello, el CPT y SS estará integrado por medidas cautelares nominadas e innominadas, lo cual no

impide que se decrete la cautela de la inscripción de la demanda como innominada dentro del proceso ordinario laboral, en tanto que el CPT y SS no regula de manera taxativa dicha cautela, como si sucede en el CGP.

Claro está, que para el decreto de las medidas cautelares innominadas, deberá aplicarse en su integridad el literal C, numeral 1 del artículo 590 del CGP, lo que implica que para su decreto, el órgano jurisdiccional deberá apreciar “i) la legitimación o interés para actuar de las partes, ii) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, iii) apariencia de buen derecho, iv) la necesidad efectiva y la proporcionalidad de la medida” (Sentencia C-043/21, 2021). Además, el juez tendrá la facultad de decretar una medida cautelar menos gravosa a la solicitada por la parte o disponer de una cautela diferente, con lo cual se reviste al juez laboral del poder cautelar genérico, que le permite de oficio, modificar la medida cautelar bien sea por una menos gravosa o por una cautela diferente, no obstante debe ser previamente rogada o solicitada por la parte.

Otro efecto que se genera, consiste en que cuando en el proceso ordinario laboral se discutan pretensiones económicas y se solicite el decreto de una cautela innominada, el demandado podrá solicitar su levantamiento, su modificación o impedir su práctica, prestando una caución que garantice el cumplimiento total de la sentencia favorable o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. Al igual que el demandante, para su decreto también “(...) deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones (...), sin embargo, el juez a petición de parte o de oficio podrá aumentarla o disminuirla cuando lo considere razonable” (Ley 1564, 2012, art. 590 numeral 2).

### **CONCLUSIONES.**

1. Las normas jurídicas no son objetos cerrados, estáticos, ni situadas en el ordenamiento jurídico de manera definitiva, después de expedidas, viene la labor de decantación para adaptarlas a la realidad que ellas pretenden regular. En este sentir, cuando el legislador expidió la Ley 712 de 2001 e incorporó en el CPT y SS la caución como medida cautelar mediante el artículo 85A, no advirtió que era poco lo que cautelaba, excesiva la carga que para su decreto imponía y leve el beneficio que con ella se obtenía. La exigencia impuesta al trabajador de probar o demostrar la insolvencia del empleador resultó desproporcional al beneficio que aportaba, por cuanto el margen de protección se ubicó entre el 30% y el

50% del valor de las pretensiones, además de probar la situación de insolvencia, restringiendo con ello, la tutela judicial efectiva.

2. Es indiscutible, que las medidas cautelares son el medio procesal apto para garantizar de manera anticipada y efectiva la tutela de los derechos que se surten a través del proceso, frente al peor enemigo que el mismo proceso tiene; el tiempo. Sin embargo, no todas las medidas cautelares conservan la misma idoneidad en la garantía de la pretensión, algunas incorporan un margen de protección más amplio que otras y no por ello, el juez que atado para decretar aquellas que están previstas taxativamente, por cuanto el legislador, le confirió amplios poderes para administrar las medidas cautelares en los procesos.
3. Dicha potestad cautelar genérica, no se circunscribe de modo inescindible a sola discrecionalidad del juez para innovar en la medida cautelar que considere más acorde con la pretensión que asume su conocimiento, toda vez que, en función del mismo poder connatural a la función jurisdiccional, pueda disponer de un estudio sobre todas las medidas cautelares normadas en el ordenamiento jurídico e integrarlas en el Código de la especialidad, siempre que el mismo carezca de regulación expresa y en tanto la medida cautelar conserve una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, lo cual indica que el juez para decretarlas deberá hacer uso de la apariencia del buen derecho.
4. Esta propuesta interpretativa, obedece a que las normas del CGP y del CPT y SS, deben ser interpretadas y aclaradas mediante la aplicación de los principios constitucionales que exigen interpretar las normas procesales del modo más favorable posible a la admisión de la petición que se trate, con el único propósito de que el derecho sea satisfecho en la mayor medida posible. Además, nada impide que en el proceso declarativo dentro del cual una norma consagra medidas cautelares específicas, pueda nutrirse con otras medidas cautelares que se disponen en el ordenamiento jurídico, si para la situación en concreto afloran criterios que permiten establecer una relación directa con la pretensión, cuando las allí nominadas son insuficientes para asegurar el cumplimiento de un eventual fallo estimatorio para quien demanda.
5. Por ello, nada obsta para que en el proceso declarativo laboral se disponga de la inscripción de la demanda como medida innominada o de cualquier otra medida cautelar que resulte razonable y adecuada a la pretensión que se discute, si con ella se garantiza

en un margen más amplio el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto la lógica propia del derecho al trabajo es la protección del trabajador de los eventuales abusos de una situación de poder que se expresa en criterios de subordinación al empleador. Así, el proceso judicial laboral se convierte en el instrumento por el cual los derechos laborales enunciados en los códigos sustanciales, se plasman en derechos efectivos, pero su simple enunciación no garantiza más allá que la simple declaración de un derecho, si la sentencia que lo incorpora no es materializada.

6. Razón por la cual, es necesario integrar las cautelas de la legislación procesal laboral con la inscripción de la demanda, reglada en el CGP. Esto, por cuanto los procesos que se surten en vigencia del CGP y sobre los cuales se decreta la referida cautela, son declarativos, al igual que lo es el proceso en virtud del cual, el trabajador solicita el reconocimiento de la relación laboral y con ocasión a ello, la existencia de un contrato de trabajo. Además, en ambos las pretensiones solicitadas son también pecuniarias o económicas. Por consiguiente, se tiene que los procesos reglados en el CGP y en el CPT y SS se asemejan en cuanto a que su naturaleza es declarativa y en que las pretensiones que se avocan refieren al pago de erogaciones por responsabilidad civil contractual y extracontractual, y al pago de acreencias laborales respectivamente.
7. De tal suerte, que la inscripción de la demanda en los procesos ordinarios laborales permite en mayor medida la obtención de la tutela judicial efectiva, porque terminado el proceso, la cautela continúa vigente en el proceso ejecutivo, en tanto se le dé inicio dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia so pena de levantarse la cautela. Por lo que el trabajador, gozará de mayor garantía en la materialización de la pretensión, sin tener que asumir el medio de que el empleador ejecute conductas que logren insolventarlo.

## BIBLIOGRAFÍA.

Alvarado Velloso, A. (n.d.). *El Procedimiento Cautelar y la Solución Urgente y Anticipada de una Pretensión*.  
 file:///C:/Users/Estudiantes/Downloads/ALVARADO%20VELLOSO,%20Adolfo.%20El%20procedimiento%20cautelar%20y%20la%20soluci%C3%B3n%20urgente%20y%20anticipada%20de%20una%20pretensi%C3%B3n.pdf

Bernal Pulido, C (n.d.).\_ *Estructura y Limites de la ponderación. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*.  
 .file:///C:/Users/Estudiantes/Desktop/Estrutura%20y%20l%C3%ADmites%20de%20la%20ponderacion.pdf

Bernal Pulido, C (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Botero Zuluaga, G (2012). *El impacto del Código General del Proceso en el Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social 2ed*. Medellín –Colombia; Editorial Ibáñez.

Carnelutti, F (1997). *Derecho Procesal Civil y Penal*. [Traducido al español de Enrique Figueroa Alfonzo]. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V.

Calamandrei, P (1984). *Providencias Cautelares*. Buenos Aires -Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Calamandrei, P (2005). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima- Perú: ARA editores E.I.R.L.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (2014, 16 de mayo). Sentencia Radicación Numero: 11001-03-24-000-2013-00441-00. (Guillermo Vargas Ayala, M.P). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>.

Corte Constitucional, Sala Plena (1995, 28 de septiembre). Sentencia C- 431/95 (Hernando Herrera Vergara, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-431-95.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (1999, 18 de noviembre). Sentencia C-925/99 (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-925-99.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D925%2F99&text=Observa%20la%20Corte%20que%20en,de%20restituci%C3%B3n%20de%20inmueble%20arrendado.>

Corte Constitucional, Sala Plena (2000, 5 de abril). Sentencia C-386/00 (Antonio Barrera Carbonell, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-386-00.htm>



Corte Constitucional, Sala Plena (2000, 4 de mayo). Sentencia C-490/00 (Alejandro Martínez Caballero, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-490-00.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2001, 9 de agosto). Sentencia C-840/01 (Jaime Araujo Rentería, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2002, 25 de junio). Sentencia C- 484/02 (Alfredo Beltrán Sierra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-484-02.htm#:~:text=ART%C3%8DCULO%206o.-,CULPA%20GRAVE.,el%20ejercicio%20de%20las%20funciones.>

Corte Constitucional, Sala Plena (2004, 3 de febrero). Sentencia C-071/04 (Álvaro Tafur Galvis, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-071-04.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2004, 27 de abril). Sentencia C-379/04 (Alfredo Beltrán Sierra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2006, 06 de mayo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2009, 4 de agosto). Sentencia C-523/09 (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-523-09.htm#:~:text=%E2%80%9CQuien%20sufre%20medidas%20cautelares%20cuenta,a%20quien%20solicit%C3%B3%20su%20decreto.%E2%80%9D>

Corte Constitucional, Sala Plena (2013, 15 de mayo). Sentencia C-279/13 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2014, 20 de agosto). Sentencia C-593/14 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-593-14.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2015, 6 de abril). Sentencia C-144/15 (Martha Victoria SÁCHICA Acosta, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2016, 04 de mayo). Auto AL2761-2016 (Fernando Castillo Caverna, M.P.). [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%20624/AC2738-2016%20\(2016-00873-00\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%20624/AC2738-2016%20(2016-00873-00).doc)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2016, 6 de septiembre). Sentencia SC-12469/2016 (Álvaro Fernando García Restrepo, M.P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/10/SC12469-2016.pdf>

Corte Constitucional, Sala Plena (2016, 30 de noviembre). Sentencia C- 668/16 (Alberto Rojas Ríos MP.). <https://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-668-16.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (2021, 25 de febrero). Sentencia C-043/21 (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Comunicado-Oficial-Sala-Plena-No.-7-9090#:~:text=Sentencia%20C%2D040%2F21%20%E2%80%93,a%20los%20sujetos%20no%20responsables.>

Chinchilla Herrera, T (2020). *¿Que son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia.* Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A, Reimpresión de la Segunda edición.

Chiovenda, G (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* [Traducido al español de E. Gómez Orbaneja]. México: Editorial Jurídica Universitaria S.A.

Devis Echandía, H (1964). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid-España: Aguilar S.A de Ediciones Juan Bravo.

Devis Echandía, H (2019). *Teoría General del Proceso. 4reim.* Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Enrique Palacio, L (n.d.). *Medidas Cautelares en General.* <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/278/pdf>

Ferrajoli, Luigi (2001). *El fundamento de los Derechos Fundamentales.* Madrid- España: Editorial Trotta.

Forero Silva, J (2018). *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso 3ª ed.* Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A.

López Blanco, H (2005). *Instituciones de Derecho procesal Civil Colombiano. Tomo I Parte General.* Bogotá- Colombia: Dupre Editores Ltda. 9ª edición.

López Blanco, H (2009). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano.* Bogotá-Colombia: Dupre Editores Ltda.

López Blanco, H (2016). *Código General del Proceso. Parte General.* Bogotá-Colombia: Dupre Editores.

López Medina, D (2008). *Teoría Impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá- Colombia: Legis Editores S.A.

Mesa Calle, M (2004). *Derecho Procesal Civil. Parte General.* Medellín-Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Martinez Marulanda, D. (2005). *Fundamentos para una Introducción al Derecho.* Medellín- Colombia: Universidad de Antioquia.

Peter Gonville, S (2000). *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una Cultura Jurídica*. [Traducido al español de César Hornero & Armando Romanos]. España: siglo veintiuno de España editores, S.A.

Priori Posada, G (2016). *El Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar y las Recientes Modificaciones en América Latina*. En Ronald (Coord.). *Revista de Derecho Procesal. La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires- Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores y Rubinzal y Asociados S.A.

Ramiro Podetti, J (1956). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Título IV: Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires- Argentina: Ediar S.A. Editores.

Ruiz Jaramillo, L B (2017). *El Derecho Constitucional a la Prueba y su Configuración en el Código General del Proceso Colombiano*. (Tesis Doctoral). Universitat Rovira I Virgili. Tarragona, España.  
[https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI\\_.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Sacipa Lozano, N (2017). *Medidas Cautelares Innominadas en Procesos Laborales en Colombia*. *Revista Univ. Estud. Bogotá (Colombia)*. (15) pp. 67-84.  
<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/8739023/4.+Medidas.pdf/4f36b5d3-170e-4aa6-9ff9-211bf4039d17>

Valencia Restrepo, H (2011). *Derecho Privado Romano*. Medellín-Colombia: Señal Editor.

Vallejo Cabrera, F (2016). *La Oralidad Laboral Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. 9ª ed.* Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

Villamil Portilla, E (2012). *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso. Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá-Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre de Colombia.