

Las medidas cautelares innominadas como protección de los derechos de los trabajadores *

Unnamed precautionary measures as protection of workers' rights

Andrés Gustavo Pérez Medina

Especialista en Derecho de daños, responsabilidad pública y privada,
Candidato a magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia,
España

andres.perezme@campusucc.edu.co

Recibido: 08/10/2020 Aprobado: 04/12/2020

DOI: 10.25054/16576799.2732

RESUMEN

El derecho procesal sin lugar a dudas se erige como un verdadero medio para la garantía de los derechos sustanciales, por ello las medidas cautelares innominadas consagradas en la ley 1564 de 2012 buscan prevenir los efectos adversos de la dilación propia de un proceso judicial otorgando un margen de facultades al juez para asegurar los derechos de las partes en el transcurso de la litis y evitando que la demora de la misma genere perjuicios. De esta manera, las medidas cautelares innominadas serán aplicables dentro del proceso laboral para el resguardo de los derechos del trabajador, todo ello, en consonancia con las normas sustanciales que tienen como finalidad la protección de sus derechos, así se tomara como supuesto jurídico-factico el descuento de aportes a salud del retroactivo pensional.

PALABRAS CLAVE

Aportes; Sistema de Seguridad Social; Medidas Cautelares; Innominadas.

ABSTRACT

The procedural law undoubtedly stands as a true means of guaranteeing substantive rights, therefore the unnamed precautionary measures enshrined in Law 1564 of 2012 seek to prevent the adverse effects of the delay inherent in a judicial process by granting a margin of powers to judge to ensure the rights of the parties in the course of the litis and preventing the delay of it to cause damages. In this way, the unnamed precautionary measures will be applicable within the labor process for the protection of the rights of the worker, all in accordance with the substantive norms that have as an aim the protection

* Artículo de reflexión.

Corresponde al proyecto de investigación para el trabajo final de master en derecho constitucional de la Universidad de Valencia- España.

of their rights, so that the discount of health contributions from the pension retroactive pension will be taken as a legal-factual assumption.

KEYWORDS

Contributions; Social Security System; Precautionary Measures; Unnamed.

INTRODUCCIÓN

En Colombia con la expedición de la ley 100 de 1993 se intentó crear un régimen general en seguridad social, sin embargo en procura de los derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes cotizaron dentro de periodos anteriores a la ley 100 de 1993, que contemplaban disposiciones normativas más favorables para la adquisición de derechos pensionales, se creó un régimen de transición que propendiera por el respeto y protección de tales derechos, no obstante, aquel régimen de transición ha sido sujeto de múltiples reformas que hicieron que el texto original consagrado en la ley perdiera todo sentido y aplicabilidad.

De esta manera, el ordenamiento jurídico colombiano presenta múltiples normatividades que al momento de que el trabajador solicite su pensión, las entidades correspondientes nieguen la adquisición del derecho en tales preceptos.

Será entonces como los trabajadores deban someterse a un proceso ordinario para que se declare la adquisición del derecho pensional, advirtiendo que la duración propia del proceso puede generar efectos negativos al trabajador, no solo por el lapso en el que se inicia el proceso judicial y hasta que se declara el derecho, sino que en el transcurso del mismo, producto de la indefinición del derecho se suspendan los servicios en

salud del trabajador en caso de que se encuentre cesante o deba pagar de su propio peculio las respectivas cotizaciones.

Luego, con posterioridad una vez declarado el derecho, se dé el descuento de aportes a salud del respectivo retroactivo pensional, lo que genera inequidad con el trabajador en razón a que paga por un servicio que no se le garantiza o pagaría dos veces por un mismo servicio, de allí que las medidas cautelares consagradas en el Código general del proceso se constituyan como un medio para la garantía del derecho a la salud y se evite la vulneración de los derechos del trabajador.

Conforme a lo dicho, el presente artículo busca desarrollar la importancia de estas medidas en el proceso laboral, tomando como situación fáctica el descuento de aportes a salud del retroactivo pensional, por ello se tomara como pregunta problema ¿son procedentes las medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos del trabajador para evitar el descuento de los aportes en salud del retroactivo pensional y permitir la prestación del servicio de salud en el transcurso del proceso laboral?.

De esta forma, para la solución del problema se empleará un método cualitativo de carácter inductivo, que partirá de un supuesto fáctico concreto, como lo es el descuento de aportes a salud del retroactivo pensional.

Igualmente, para el desarrollo del documento se realizara una investigación jurídica con análisis normativo-jurisprudencial con un enfoque hermenéutico, así se abordarán tres objetivos específicos: en primer lugar se realizara una descripción genérica del sistema de salud en Colombia, para en segunda instancia efectuar un análisis jurisprudencial respecto de la procedencia del descuento para aportes a salud del retroactivo pensional, para finalmente abordar la noción de medidas cautelares innominadas como medio para la garantía de los derechos sustanciales de los trabajadores.

Por tanto, se buscará una línea argumentativa que busque la aplicación de las medidas cautelares innominadas como remedio procesal para decisiones injustas en las resoluciones de procesos laborales que tengan como cometido la declaratoria de un derecho pensional, todo ello, dentro de un marco que pretenda la protección y garantía de los derechos del trabajador.

1. EL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA

El derecho a la salud y a la seguridad social en Colombia se consagran como servicios públicos dentro de nuestra constitución, de allí que encuentren sustento jurídico en varios artículos de la Carta Política (10, 11, 44, 48,49, 50), a su vez la Corte Constitucional desde una posición semántica del derecho, ello es, a parte de la consagración expresa de la carta política de una serie de derechos fundamentales, es la misma Corte la encargada de definir y enunciar derechos fundamentales. A través de esta posición ha sido el máximo tribunal en su

jurisprudencia la encargada de otorgarle el carácter de fundamental al derecho a la salud, cuando se cumplen una serie de presupuestos, de tal manera ha dicho la Corte:

Sin embargo, esta Corporación ha otorgado el *carácter fundamental* a derechos de naturaleza prestacional, en particular el derecho a la salud, cuando su vulneración o amenaza comporta, entre otros, alguno de los siguientes presupuestos:

(i) El derecho a la salud es fundamental cuando está en conexidad con un derecho de esta naturaleza: este presupuesto tiene una connotación especial respecto al derecho a la salud debido a que se ha considerado que éste y el derecho a la vida en condiciones dignas son inescindibles porque *el disfrute del más alto nivel posible de salud* es una condición para la materialización de la vida en condiciones dignas.

(ii) El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo: esta Corporación ha considerado que el derecho a la salud es autónomo, cuando de acuerdo a la reglamentación existente sobre la materia no prevé la prestación de un servicio o de un procedimiento que sea necesario para materializar el principio de dignidad humana, traducido en el mayor nivel de salud posible y prestado bajo los parámetros mínimos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Entonces, el derecho a la salud, a pesar de ser de naturaleza prestacional,

adquiere carácter de fundamental cuando su vulneración o amenaza afecta derechos fundamentales y cuando la normatividad expedida para regularlo no garantiza de forma efectiva la realización de tal derecho. (resaltado dentro del texto) (CConst, T-059/2007, M. P. Á. Tafur Galvis).

Pese a la declaración de carácter fundamental del derecho a la salud por parte del máximo tribunal constitucional, con la expedición de la ley 1751 de 2015, este derecho fue consagrado de forma expresa como fundamental, así pues, en su artículo 2 menciona “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.” (L. 1751/2015. Art. 2), con ello, sin lugar a dudas todas las autoridades y organismos estatales deberán procurar por su cumplimiento de manera efectiva (L. 1751/2015. Art. 6), así mismo el derecho a la salud será un servicio público que se presta bajo la dirección y coordinación del Estado (Vélez, 2007).

Ahora entonces, la ley 100 de 1993 para garantizar los derechos a la salud y la seguridad social al mayor número de colombianos consagro unos principios propios en materia de seguridad social, de allí que como principios constitucionales insertos dentro del estatuto se encuentren los principios de universalidad y solidaridad. Respecto del al principio de universalidad este implica “el compromiso estatal, en todos sus órdenes, de ampliar la cobertura del régimen a todas las personas y respecto de todos los riesgos que protegen los sistemas de seguridad social” (Arenas, 2011, p.137), frente a este mismo concepto la Corte Constitucional¹ ha conceptualizado:

El principio de universalidad representa uno de los componentes esenciales del sistema de seguridad social y se encuentra íntimamente vinculado al principio constitucional de igualdad. Este precepto persigue la satisfacción del amparo que otorga la seguridad social a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de la vida y sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición económica, física o mental. (CConst, T-774/2015, M. P. L. E. Vargas Silva).

Mientras que cuando se habla de solidaridad, hará referencia a “la práctica de la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil” (L. 100/1993. Art. 2), así mismo ha dicho la Corte Constitucional² frente a este principio: “El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren.” (CConst, C-623/2004, M. P. R. Escobar Gil).

En este sentido, el derecho a la salud como derecho de carácter fundamental al ser una disposición de contenido prestacional, el Estado deberá buscar los medios y las formas para que un mayor número de personas puedan acceder a estos servicios.

Con ello que los principios de solidaridad y de universalidad, se entiendan como principios intrínsecos el uno del otro dentro del sistema de

¹ Revisar también sentencia SU-623 de 2001, T-111 de 2002, T-1207 de 2003 y C-869 de 2010.

² Revisar también sentencias C-1054 de 2004, C-529 de 2010 y T-515 de 2012.

seguridad social, en tanto la solidaridad de todos los asociados a través de los medios y formas que considere el Estado permitirá un mayor acceso a los servicios de salud de más asociados.

Por otra parte, la ley 100 de 1993 contempla dos regímenes en materia de salud, cada uno consultando la capacidad de pago de las personas, de allí que exista un régimen contributivo, el cual estará regido por el conjunto de normas que rigen la vinculación al sistema de seguridad social mediante el pago de una cotización (L. 100/1994. Art. 202), es decir, este régimen está compuesto por aquellas personas que la ley presume devengan por lo menos un salario mínimo.

Así mismo, existe el régimen subsidiado, cuya vinculación al sistema se da a través de cotizaciones subsidiadas de forma parcial o total, con recursos fiscales o de solidaridad (L. 100/1993. Art. 213), ahora entonces podemos ver como el principio de solidaridad juega un especial papel para el financiamiento y acceso de más personas al sistema de seguridad social en materia de salud en Colombia.

Por lo mencionado, el sistema de seguridad social en salud contempla como mecanismo, la destinación del 1.5% del aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía, para contribuir al financiamiento de los beneficiarios del régimen subsidiado (L. 1122/2007. Art. 10) y el resto del aporte sea dirigido al fondo de solidaridad y garantía, pero esta vez para financiar el propio régimen contributivo (L. 100/1993. Art. 220), por lo que quienes se encuentran obligados a hacer aportes al régimen contributivo mediante su solidaridad en los aportes,

tengan un papel mayúsculo en la garantía del principio de universalidad que rige el sistema de seguridad social integral en Colombia.

Luego, los pensionados como sujetos obligados por la ley a pertenecer al régimen contributivo en razón de que cuentan con capacidad de pago (L. 100/1993. Art. 143), se les impone realizar un aporte del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual como ya se dijo el 1.5% del aporte será destinado a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía.

Empero, cuando el derecho pensional se disputa vía judicial ante la negativa de la entidad correspondiente de reconocer el derecho, el trabajador que busca la declaratoria de su derecho no podrá realizar los respectivos aportes por cuanto no recibe su mesada pensional, con lo cual se desembocara en dos consecuencias 1) se suspenden los servicios en salud de parte de la EPS al afiliado y el derecho a la atención del plan obligatorio de salud (L. 100/1993. Art. 209), 2) en tanto no se realiza el respectivo aporte el sistema se pierde capacidad de pago que ayuda a financiar el régimen subsidiado.

Ambas situaciones, sin lugar a dudas representan nefastas y perjudiciales consecuencias para el derecho a la salud tanto del afiliado en disputa del derecho pensional, en razón a que la duración del trámite procesal, se impide el acceso a los servicios de salud del afiliado en tanto no puede realizar los respectivos aportes al sistema por cuanto no goza aun de la mesada pensional y desde una segunda arista, en tanto que el no pago del aporte del afiliado cuyo derecho pensional cree haber adquirido, mengua los recursos propios del sistema de seguridad social tanto del régimen

contributivo como subsidiado, de ahí que intereses individual y colectivos se vean afectados por el no reconocimiento del derecho pensional y la posterior duración del proceso laboral que busca su declaratoria.

En segundo lugar, se trata de un enfoque que tiene por objeto conceder un alcance directo a las disposiciones constitucionales. En efecto, se considera que algunas disposiciones constitucionales son tan concretas que se prestan a una aplicación inmediata. No necesitan una interpretación específica.

2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA PROCEDENCIA DEL DESCUENTO DE APORTES A SALUD DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Ante las anteriores consecuencias negativas para el sistema y para el afiliado, una vez declarado el derecho pensional del demandante por parte del juez laboral, surge la pregunta ¿es procedente el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional³, en tanto se suspendieron los servicios de salud y el trabajador no gozo de ellos?

Ante la respectiva cuestión planteada, en este acápite se realizará un análisis jurisprudencial sobre la procedencia o no del respectivo descuento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral.

Ahora entonces como metodología para el análisis jurisprudencial, se utilizará lo

esgrimido por López (2006), así una vez identificado el problema jurídico, ello es en este caso la procedencia del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional, con base en un rastreo jurisprudencial se establecerá un nicho citacional con el fin de determinar las sentencias fundacionales, hito y seguidoras de línea, para determinar los argumentos ratio y obiter.

2.1. Sentencias fundadoras de la procedencia del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional

El primer referente jurisprudencial frente al tema, estará dado por la sentencia del 6 de mayo de 2009, en donde como supuesto factico se estudia la aplicabilidad o no del régimen de transición instaurado por la ley 100 de 1993 y sus posteriores normas que modificaron el régimen, por cuanto que ante la negativa del empleador respecto del reconocimiento del respectivo derecho pensional se situó la litis.

Sea entonces como uno de los temas a abordar por la Corte Suprema se relacione la procedencia o no del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional una vez declarado el derecho, a lo cual la Corte en su sala de casación laboral dirá:

No obstante ello, valga decir que de pasarse por alto la anterior falencia, lo cierto es que el descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de

³ Entiéndase como la suma de dinero producto del reconocimiento del derecho pensional, conformada por las mesadas pensionales causadas una vez se adquirido el derecho pero que son pagadas con posterioridad, poniendo como un límite de 3 años de antelación a la instauración de la respectiva demanda.

1993, **es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial,** el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS. (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte suprema de justicia, sala de casación laboral, SL-34601-2009).

De lo anterior, vale destacar como para la Corte Suprema el descuento de aportes a salud se da de forma automática a la declaratoria del derecho pensional, es decir, tan pronto se adquiere el derecho pensional se deberán sufragar los aportes a salud del respectivo retroactivo.

Una vez reseñada esta primera sentencia, la Corte Suprema en sentencia del 3 de mayo de 2011, volverá a abordar el estudio de la procedencia del descuento de salud del retroactivo pensional, en tanto que para el juez de segunda instancia en el respectivo proceso ordinario tal descuento no es procedente, en razón de que a quien le corresponde realizar el aporte es al empleador, por cuanto con su negativa frente a la declaración pensional se impidió que se realizaran los respectivos aportes en tiempo, no obstante para la Corte tal apreciación se encuentra errada y mencionara frente a la procedencia del descuento en un primer ítem la importancia de tales aportes en procura del cumplimiento del principio de solidaridad:

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, **el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización para salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en el artículo 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos.**

(...)

Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, **están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas,** tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, **además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna,** por

lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud. (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-47246-2011).

Aunado a lo anterior, ampliara el argumento aducido en la sentencia del 6 de mayo de 2009, en cuanto la procedencia del descuento de aportes se da a partir del cumplimiento de los requisitos para el derecho pensional, esto es, tan pronto se adquiere el estatus de pensionado:

De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, **al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho**

de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes. (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-47246-2011).

En esta medida, la Corte reafirme su posición frente a que el descuento será procedente en razón de la adquisición del status de pensionado y además aduciendo la naturaleza de bien parafiscal de los aportes al sistema de seguridad social, en tanto que estos permiten el acceso a servicios de salud a quienes no cuentan con los recursos para realizar aportes al sistema, ello es, la garantía del principio de universalidad mediante el principio de solidaridad.

2.2. Sentencias consolidadas de líneas

La línea trazada por la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral no sufrirá cambios sustanciales y nuevamente será ratificado el precedente dado por la sentencia 3 de mayo de 2011. De tal forma que en la sentencia del 21 de junio de 2011 la Corte nuevamente realice el estudio de la procedencia de los descuentos a salud del retroactivo pensional y exponga de forma idéntica las consideraciones que avalan la procedencia del descuento acorde con precedente emitido en antelación.

Con posterioridad, se emitirá la sentencia del 6 de marzo de 2012 en donde como supuesto factico se planteará el cumplimiento de los requisitos pensionales del demandante bajo el régimen de transición y la negativa del

empleador frente al derecho reclamado, de esta manera frente a la procedencia del descuento la sala laboral reiterará el primer precedente traído a colación:

Esta Sala de la Corte, en la sentencia del 6 de mayo de 2009, Rad. 34601, en punto a los argumentos que acompañan al cargo, estableció “(...) que el descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial, el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS.”(cursiva dentro del texto)(Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-48003-2011).

Igualmente enunciará como la procedencia del descuento deberá operar de forma automática y obligatoria a la declaratoria del derecho pensional de parte del juez:

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón al recurrente cuando afirma que, **siendo una disposición inherente al otorgamiento de la pensión y legalmente obligatoria**, el juez en el momento del reconocimiento de la prestación debió facultar a la entidad

pagadora para realizar el descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud. (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-48003-2011).

Será entonces como la Corte Suprema delinea la ratio decidendi del caso, en que la procedencia del descuento del aporte del retroactivo pensional está sustentada en la adquisición del derecho pensional del demandante, por tanto, que la declaratoria pensional exija automáticamente el descuento a salud.

Otra providencia de importancia será la expedida por la Corte Suprema de Justicia el 29 de enero de 2014, de allí que en esta el demandante evoque un posible enriquecimiento sin causa de parte de la EPS en razón de la no prestación del servicio de salud, ello es, que no existe razón jurídica conforme al marco factico para que se dé la procedencia del descuento, a lo cual la Corte negará validez jurídica:

Al respecto debe decirse que siendo claro el mandato contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no queda más al pensionado que asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resultando natural que lo haga, desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.

Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de

salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de soportar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.

Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, **no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad,** sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

Adicionalmente se advierte que, al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 100 de 1993. (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-1195-2014).

Nótese como los argumentos emitidos por la Corte se seguirán manteniendo, pero además de ello agregara uno nuevo, en tanto que el no pago de tales aportes

del retroactivo pensional cercenara los derechos del afiliado a acceder a tratamientos de alto costo que se dan a partir de la cotización de un numero de semanas determinadas por la ley 100 de 1993.

Por tal motivo, el precedente dado por la Corte no sufrirá variación alguna y por el contrario se encontrarán nuevos argumentos para reforzar su posición.

Como última sentencia del análisis, la Corte Suprema de Justicia estudiara nuevamente la procedencia del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional en la sentencia del 3 de mayo de 2018, así pues el ad-quem del proceso laboral expondrá como existe una improcedencia del respectivo descuento, por cuanto las consecuencias adversas de la no declaratoria del derecho pensional de parte del demandado, no podrán recaer sobre el demandante, teniendo como sustento, que no se puede obligar al pensionado a realizar aportes que no pudo hacer a tiempo por la negligencia propia del empleador.

Ante la consideración hecha por el ad-quem la Corte Suprema una vez más continuara con su postura y declarara la procedencia del descuento:

Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, **mal puede soslayar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de asumir los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud o pretender trasladársela a su**

empleador, pues tal obligación legal deviene, precisamente, del estatus de pensionado.

Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, **no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad,** sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

Adicionalmente, se advierte que, **al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas,** conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 100 de 1993. (subrayado y negrillas fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, SL-1422-2018).

De los anteriores precedentes se puede trazar una línea jurisprudencial que avala de manera solida la procedencia del descuento de aportes a salud del respectivo retroactivo pensional, de tal forma que podrá esquematizarse de la siguiente forma:

Es procedente el descuento para aportes a salud del retroactivo pensional	<ul style="list-style-type: none"> • S1-06-05-2009 • S1-03-05-2011 • S1-21-06-2011 • S1-06-03-2012 • S1-29-01-2014 • S1-03-05-2018 	No es procedente el descuento de aportes a salud del retroactivo pensional
---	--	--

Tabla 1. Línea jurisprudencial sobre procedencia del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional. (Propia). La tabla fue elaborada a partir de las diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral.

2.3. Síntesis de los argumentos de la Corte Suprema de justicia para la procedencia del descuento y discusión jurídica

Ante la unanimidad de parte de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la procedencia del descuento de aportes a salud del retroactivo pensional, será imperioso destacar los principales argumentos para la fundamentación de sus decisiones frente al tema.

De esta forma dentro de su argumentación la Corte expresa como por mandato expreso del artículo 143 de la ley 100 de 1993⁴, el trabajador una

⁴ Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o

vez adquiere el estatus de pensionado deberá realizar los aportes de manera obligatoria y sin consultar ningún tipo de circunstancia fáctica; en segundo lugar, el trabajador una vez se pensione deberá realizar los aportes a salud en virtud del principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social en Colombia, en tanto, estos recursos se constituyen como recursos parafiscales que ayudan a financiar tanto el régimen contributivo como el régimen subsidiado; para finalmente como tercer argumento, la Corte manifiesta como el descuento de los aportes representan un beneficio para el trabajador que se pensiona, en razón que por mandato de la ley 100 de 1993, el afiliado para acceder a tratamiento de alto costo del plan obligatorio de salud deberá tener un mínimo de aportes cotizados.

Pese a los argumentos expuestos por la Corte Suprema de justicia en sala de casación laboral, evidentemente se presenta una vulneración a al derecho a la salud, de modo que el trabajador que ve truncado el reconocimiento de su pensión, no podrá acceder al sistema de salud por cuanto el no pago de los aportes generaría la suspensión de la afiliación y en consecuencia del servicio.

Agregando que, pese a la vulneración de su derecho a la salud, el pensionado en garantía de los principios de universalidad y solidaridad, deberá a pesar de la omisión en la prestación del servicio, realizar los respectivos aportes.

En esa medida pese a que la *ratio decidendi* del precedente instaurado por

la Corte Suprema de Justicia atiende a la satisfacción de los derechos colectivos, esto tampoco podrá ser óbice de la garantía de los derechos individuales de los trabajadores, Por ello Villalba (2018) menciona razones para la no procedencia del descuento:

El caso de demandantes en acción de nulidad y restablecimiento, que durante el lapso de trámite del proceso cotizaron total o parcialmente en salud o no cotizaron en salud, evidencia el tema de carácter bilateral, conmutativo, proporcional y equitativo del aporte en salud, esto es, que el servicio o la posibilidad o el derecho de prestación del servicio por la EPS, es la causa determinante del pago del aporte o retribución del afiliado a la EPS. De lo contrario, hay un enriquecimiento sin causa por parte de la EPS, si la entidad, al liquidar la sentencia, efectúa descuento retroactivo por aportes en salud, habiendo cotización total o parcial durante ese mismo lapso, y por ello, doble cotización, o descontando, en ambos casos, por un servicio que no se prestó y que no se puede prestar retroactivamente (p. 446).

Por lo anterior, pese a la validez y juridicidad de los descuentos, el marco decisional no atiende a los derecho individuales y a todas luces no contemplan referentes de equidad para con el trabajador, por tanto que deba el operador judicial con las herramientas

muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley. La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

dadas por el ordenamiento jurídico, morigerar los efectos adversos que pueda generar el lapso de reconocimiento del derecho pensional, ya que tal dilación vulnera el derecho fundamental a la salud y además de ello, impone una carga patrimonial por un servicio no recibido, esto es deberá equilibrar intereses individuales y colectivos, en procura de satisfacer los derechos del pensionado(derecho a la salud) y cumplir con el principio de solidaridad para la garantía del principio de universalidad (realizar los aportes para la estabilidad del sistema).

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LOS PROCESOS LABORALES

No puede perderse de vista como el derecho procesal junto con sus instituciones tendrá una función instrumental, en tanto la finalidad del proceso y de la actividad judicial no puede ser otro que la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo o sustancial.

En este mismo sentido, las normas de derecho procesal no podrán ser interpretadas de manera aislada de los derechos de orden sustancial, dado que como ya se anotaba, este busca la efectividad de aquellos derechos de estructura abstracta. De allí que el derecho procesal tenga como referente los principios, normas y reglas del derecho constitucional, por ello Couture (1996) nos dirá:

Esos principios que rigen la codificación son, a su vez, desenvolvimientos particulares de grandes mandamientos o preceptos básicos consagrados en la constitución, para asegurar la

justicia, la igualdad la libertad la dignidad de la persona humana, etc.

Interpretar la ley procesal, es por tanto concluyen interpretar el derecho procesal, en su plenitud a partir de los mandamientos y preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho no la ley. (p.128)

Ahora entonces, no puede perderse de vista como la Constitución Política de 1991, constitucionalizo una serie de principios en materia laboral que se hacen extensibles en materia de seguridad social, realizando una función de intervención para proteger a los trabajadores, así:

el marco principal dentro del cual se mueven los jueces, para lo relacionado con los conflictos laborales, corresponde a la constitución Política. Ósea su contexto donde están los elementos que debe orientar su análisis y toma de posición filosófica y jurídica. (Orjuela y Pizarro, 2013, p. 6).

Dentro de ese marco, especial connotación adquieren los artículos 25 y 53 de la carta política para la protección de los derechos de los trabajadores.

Será como en un primer momento, indique la Constitución como el trabajo debe gozar de una especial protección del Estado, de modo que no son de recibo conductas de parte del empleador que abusen de la condición de inferioridad del trabajador y que en ultimas lo terminen colocando en situaciones de desmedro; añadiendo como dentro del marco constitucional se pregone por la

aplicación e interpretación más favorable en caso de duda para el trabajador o principio *in dubio pro operario*, dada a la situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral, ambas situaciones supondrían un accionar en desmejora de los beneficios adquiridos y tenidos como fines del Estado social de derecho (CConst, SU-599/1995, M. P. F. Morón Díaz).

Teniendo delimitados los ejes sustantivos de la protección de los derechos del trabajador en las líneas anteriores, las disputas sobre derechos pensionales entre tanto no sean de carácter contencioso administrativo deberán dirimirse mediante las reglas procesales⁵ propias del Código Procesal del trabajo y la seguridad social, no obstante tal estatuto procesal no contempla unas disposiciones propias frente a las medidas cautelares, por eso el artículo 145, contempla la aplicación analógica del estatuto procesal civil cuando no se aprecien disposiciones de carácter especial, así, se considera que ante el silencio del estatuto procesal laboral en tema de cautelares, en la actualidad tal silencio sea suplido por las disposiciones del Código General del proceso⁶ como esgrimirá Silva(2013):

Como se narrará más adelante, aunque el propósito inicial fue la elaboración de un proceso general, el resultado denominado ‘Código General del Proceso’ restringe su aplicación a las áreas civiles, agraria, comercial y de familia, con la pretensión de ser

usado de manera supletoria en todos los demás campos, como en el laboral. (p.19).

En suma, como lo relacionado con las medidas cautelares aplicables al proceso laboral, se rijan por las normas dadas por el Código general del proceso.

Siguiendo esta línea, las medidas cautelares como institución del derecho procesal buscan la efectividad de la justicia y de las decisiones jurisdiccionales, de tal forma que deberán estar encaminadas como lo dice Forero (2015) “a materializar las determinaciones que, al ser adoptadas en sentencia, reconozcan los pedimentos del demandante” (p.1), además de tener como finalidad evitar los efectos negativos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos judiciales (López, 2017).

Igualmente es importante señalar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-925 de 1999, donde señala una definición de carácter preventivo de las medidas cautelares:

se ejecutan sobre personas bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que exista al momento de iniciarse el trámite judicial buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración del derecho sustancial se haga más

⁵ Procedimiento contenido en el capítulo XIV del Código de procedimiento laboral y la seguridad social.

⁶ Ley 1564 de 2012.art 1. objeto. (...) se aplica a demás a, todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de los particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales en cuanto no estén reguladas expresamente en otras leyes.

gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin. (Corte Constitucional, sentencia C-925 de 1999).

De las anteriores apreciaciones, puede verse como el ordenamiento jurídico advierte que la dilación de un proceso judicial trae efectos adversos para el demandante, de allí que deban establecerse instituciones que de manera provisoria garanticen los derechos de las personas.

Como cambio sustancial que trajo consigo el código general del proceso frente al código de procedimiento civil, será la instauración de una serie de medidas cautelares cuando se trata de procesos declarativos, en tanto que en el anterior estatuto, tales medidas era de carácter especialísimo, así la ley 1564 de 2012, se acompasa con la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, en razón a que las decisiones que profieran los jueces no resulten inanes por la modificación de situaciones fácticas y jurídicas que hagan inocuos el cumplimiento de las providencias (Álvarez, 2014).

Es como a partir de esta reforma procesal, dentro del artículo 590 del Código general del proceso se incluyeron las denominadas medidas cautelares innominadas o discrecionales, así que el artículo indique en su literal C:

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

efectividad de la pretensión. (L. 1564/2012. Art. 590).

Entonces el legislador consagra este tipo de medidas cautelares para garantizar la efectividad y acceso a la administración de justicia, en razón de que busca un mayor equilibrio procesal entre las partes para la garantía de sus derechos, por lo tanto el juez no estará sujeto a la imposición de una medida cautelar expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, sino que valorara la circunstancias fácticas y jurídicas para su imposición, buscando prevenir o cesar daños a las partes o asegurar la efectividad del derecho, ante este nuevo régimen de medidas cautelares ha manifestado la Corte Constitucional:

La Corte recuerda que, aunque en el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que, para su imposición, son claramente delineados por el legislador.

Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para “prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando

hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”. (cursiva fuera del texto) (CConst, C-835/2013, M. P. N. Pinilla Pinilla)

Es que la consagración de las medidas cautelares innominadas dentro del estatuto procesal civil se ajusta al texto constitucional, en tanto va en procura del cumplimiento de los artículos 228⁷ y 229⁸ de la carta Constitucional, preceptos en que se funda el principio de la tutela jurisdiccional efectiva:

En estas dos normas se encuentra en nuestro criterio regulada la tutela judicial efectiva, cuando se hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial. Y ello supone, si se hace referencia al derecho sustancial, a su seguridad. Ello supone en determinados casos “la tutela de los derechos mediante la medida cautelar anticipatoria y a la seguridad de la tutela del derecho material que se encuentra eventualmente amenazado de lesión en el curso del proceso”. (Parra, s.f., p.206).

Visto esto, sin lugar a dudas el descuento tardío de los aportes de salud del retroactivo pensional, vulnera como ya lo destacamos el derecho a la salud del trabajador que busca adquirir el estatus de pensionado pero también afectara el

acceso a la administración de justicia y a su garantía de tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto que a pesar de la negativa de la entidad por reconocer el derecho pensional reclamado, quien cargara con los efectos negativos del proceso por su duración, será el demandante en razón de que con la incertidumbre del derecho se efectúa la suspensión de sus servicios en salud y como si fuera poco, una vez el juez acceda a declaratoria de su derecho pensional, será el mismo demandante quien deba sufragar los respectivos aportes a salud por un servicio que nunca fue prestado.

Bajo la óptica anterior, deberá la medida cautelar innominada erigirse como el remedio a situaciones inequitativas de tal calibre, con la cual se busque “prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra mientras se decide el juicio principal.” (Paz, 2014, p.288).

Por ello, deberá considerarse como el juez dadas las condiciones, imponga el pago de los aportes de salud al demandando durante el transcurso del proceso, con el fin de garantizar desde una arista individual, la efectividad de los derechos a la salud del trabajador y sus beneficiarios, así se evitará daños provenientes de la no prestación de los servicios de salud por la propia duración del proceso.

⁷ Const.,1991, art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

⁸ Const., 1991, Art. 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Mientras que desde de una arista colectiva, en tanto, con la imposición de esta medida, también se asegura la garantía del principio de solidaridad, ya que el aporte en este periodo ayudara a garantizar vigencia del sistema de seguridad social, tanto en su régimen contributivo y subsidiado.

En esta medida frente a la aplicabilidad si bien ya se mencionó la remisión expresa del Código general del proceso a otros estatutos procesales ante vacíos normativos, de forma directa frente a las medidas cautelares innominadas en procesos ordinarios laborales expresa Silva (2013):

Es uno de los grandes dolores del derecho procesal del trabajo la inexistencia de normas propias, efectivas, que permitan garantizar el cumplimiento de las condenas del proceso por parte de los demandados que se pueden insolventar legal o fraudulentamente. Pero la disposición del CGP permitirá a los jueces laborales recurrir a las medidas innominadas. (p.138)

Igualmente, es de trascendencia observar como con la expedición del Código General del proceso, la aplicación del estatuto procesal civil en el proceso laboral es un mandato imperativo, como bien dice Vallejo (2016):

Nótese, y esto es de importancia radical, que las normas del CGP se aplicaran en lo laboral no por vía de analogía contenida en el artículo 145 del CPT y de la ss sino, por vía directa por remisión del artículo 1º, del CGP. En este sentido, ya no queda a voluntad del juez aplicar o no los preceptos

del CGP a la actuación laboral en lo no reglado en su propio código, sino que es un imperativo legal. De ahí que se haya afirmado con anterioridad que la analogía perdió la importancia que tenía en tanto la mayor parte de las actuaciones procesales se encuentran las reglas, en primer lugar, en el Código de la materia y, en segundo, en el CGP. (pp.32-33)

Sin embargo, para la procedencia de la imposición de las medidas cautelares se contemplan una serie de requisitos, los cuales menciona el artículo 590 de la ley 1564 de 2012 en su numeral c:

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

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. (L. 1564/2012. Art. 590).

En primer lugar, el demandante deberá solicitar la medida en el libelo genitor, ello es en la demanda, en busca del cumplimiento del principio de oportunidad.

Enseguida el juez requerirá advertir la existencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, ello es, la apariencia de buen derecho y la amenaza de daños por la duración del proceso; frente al primero de estos, el juez para determinar la seriedad de la pretensión necesitará que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada al menos en apariencia (Escobar, 2014) y además frente al segundo principio cardinal en materia el juez “..sí tiene que examinar, objetivamente, si el derecho ha sido vulnerado, más allá de las implicaciones que pueda tener en materia de responsabilidad, o si la amenaza es probable, con independencia de sus connotaciones” (Álvarez, 2014, p.89).

Por ello, pasando al plano factico, para la apariencia de buen derecho, la demanda deberá contener piezas probatorias que permitan que el juez pueda tener certeza de la seriedad de la pretensión, esto es, de la adquisición del derecho pensional que se quiere declarar mientras que, respecto al peligro en la mora, se constituirá por la suspensión de los servicios en salud, de la misma negativa del reconocimiento pensional de la entidad correspondiente.

Además de lo anterior, el operador judicial deberá identificar las directrices trazadas por el propio código general del proceso, ello es, en primer lugar, que exista una legitimación en las partes, por ello el juez deberá corroborar que quien reclama la pretensión es quien es sujeto de tal derecho y además de analizar que el demandado sea quien responda por tal obligación (Escobar, 2014), sea entonces como el operador jurídico observe que quien efectivamente reclama el derecho pensional sea el trabajador y que como demandado figure la entidad respectiva que tenga a cargo el pago de la pensión.

Como segunda directriz, “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes” (L. 1564/2012. Art. 590), así la amenaza del derecho debe ser ostensible y seria. De esta forma la no prestación de los servicios de salud genera indiscutiblemente una amenaza en los derechos del pensionado además que se afecten los recursos que financian el sistema de seguridad social.

Como tercera directriz, deberá darse la necesidad de adoptar la medida de allí que la no prestación del servicio de salud para el afiliado sirva como fundamento para la imposición de la medida, todo ello, para impedir que se realice el descuento de los aportes de un servicio no prestado, el cual desemboque en una vulneración a los derechos a la salud del pensionado y sus beneficiarios.

Como cuarta directriz, ello es la proporcionalidad de la medida, según lo que se pide y cuantifica en la demanda la medida deberá atender a cánones de razonabilidad, esto es “aquella solicitud dentro de la sana lógica del juez, entienda que no se va a causar un perjuicio sin título de justificación al que se le vaya a oponer la medida cautelar atípica”(Paz, 2014), sin lugar a dudas esta directriz se encamina a partir de un factor cuantitativo, de allí que el aporte de un 12% de la respectiva mesada pensional del derecho discutido no se vea como una cuantía exagerada que rompa los cánones de la razonabilidad, entendiéndose como sin lugar a dudas el trabajador será la parte débil de la relación sustancial en términos de recursos, por su desigualdad económica frente al demandado (López, 2014).

Por último, respecto de su alcance y duración (L. 1564/2012. Art. 590), la medida deberá encaminarse hacia la

efectividad del del derecho y su temporalidad estará dada por la misma amenaza del derecho.

Así, una vez vistos los requisitos y directrices para la procedencia de las medidas cautelares innominadas dentro de los procesos ordinarios que buscan el reconocimiento de derechos pensionales, es imperioso resaltar como esta clase de medidas se establecen como verdaderas soluciones para la garantía de los derechos a la salud del trabajador y sus afiliados, además para el mismo sistema de seguridad social, ello en tanto que con el pago de aportes de la entidad pensional durante el transcurso del proceso laboral, el trabajador y sus beneficiarios seguirán gozando de los servicios en materia de salud y además se cumplirá con las cargas propias del principio de solidaridad para la conservación y estabilidad del sistema de seguridad social.

Aunado a lo anterior, conviene mencionar como tal razonamiento se ve ajustado a los cánones constitucionales, en razón de la aplicación a mandatos contenidos en el artículo 53 constitucional en tanto se dará “situación más favorable al trabajador en caso de duda de las fuentes formales de derecho” Y “garantía a la seguridad social” (Const., 1991.art., 53) además de la protección y asistencia al pensionado como sujeto de especial protección constitucional (Const., 1991.art.,46), de esta manera el derecho procesal se constituye como una verdadera herramienta para la garantía de los derechos sustanciales de los trabajadores en el ordenamiento jurídico colombiano.

CONCLUSIONES

Ante las obligaciones propias que impone el sistema de seguridad social en Colombia en materia de salud, los pensionados serán considerados pieza activa para la financiación del sistema en garantía del cumplimiento de los principios de universalidad y solidaridad implantados por la ley 100 de 1993. Así La Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral en su jurisprudencia ha determinado de manera consistente la procedencia del descuento para aportes a salud del retroactivo pensional, sin consultar ningún tipo de circunstancia fáctica que tienda a hacer nugatorio el respectivo descuento, como lo es la no prestación del servicio de salud.

Por ello, para la Corte Suprema el descuento operara de forma automática una vez el pensionado adquiere el derecho pensional sin importar si se dio la suspensión o no de los servicios de salud, además del cumplimiento de las cargas que impone el principio de solidaridad para los pensionados en tanto esos recursos ayudan a financiar tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado en materia de salud.

Sin embargo, pese a la claridad conceptual del precedente instaurado por el máximo tribunal en materia laboral, su decisión de manera indirecta afecta los derechos a la salud del trabajador y genera un desequilibrio procesal entre las partes, en tanto que quien se ve de manera evidente afectado por la dilación propia del proceso será el demandante, esto es el trabajador con aspiración pensional, en razón que con la duración del proceso podrá suspenderse sus servicios de salud en tanto no pueda hacer sus cotizaciones de su propio peculio y finalmente en caso de que sus pretensiones les sean despachadas

favorablemente, tendrá que hacer el pago por un servicio que no se prestó.

Será entonces como las medidas cautelares innominadas consagradas en el Código general del proceso cuya aplicación se dará de forma de manera supletoria ante el vacío propio del estatuto procesal del trabajo, se constituyan como un verdadero mecanismo para la garantía de los derechos del trabajador con aspiraciones pensionales, de allí que con este tipo de medidas se busque conjurar los daños propios de la no prestación de los servicios de salud por la duración propia de la declaratoria judicial del derecho pensional además de continuar con las cargas propias que le impone el principio de solidaridad al pensionado respecto de sus cotizaciones al sistema, de tal forma que el demandante solicite que durante el transcurso del proceso judicial, sea el demandando quien asuma el pago de las cotizaciones a salud ante su renuencia a reconocer el derecho pensional y el juez una vez observados los requisitos propios de la figura, decreta la medida.

Es como esta institución del derecho procesal garantice al acceso a la administración de justicia, entendiendo la posición de debilidad del demandante en el transcurso del proceso frente al demandado, en tanto que la dilación del mismo solo tendrá efectos adversos para él, además de los derechos a la salud del trabajador y su familia, a la tutela jurisdiccional efectiva y así mismo el cumplimiento de las cargas propias que impone el principio de solidaridad en salud, todo ello guardando relación los referentes constitucionales en materia laboral (Const.,1991,art.,53) y la protección del adulto mayor como sujeto de especial protección constitucional, en este caso el pensionado (Const., 1991.art.,46).

Por último, valdrá mencionar como la aplicación de las medidas cautelares innominadas no estará supeditada a procesos ordinarios laborales que busque en reconocimiento de derechos pensionales, sino que dadas las circunstancias fácticas y el cumplimiento de los requisitos propios para su decreto, podrá ampliarse su aplicabilidad a cualquier proceso de origen laboral en donde se afecten de manera fehaciente los derechos del demandante por el transcurso propio del proceso y con ello se ponga en situación de desventaja y debilidad frente al demandado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Álvarez, M. (2014). Las medidas cautelares en el código general del proceso. Recuperado de: http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/docs2016/modulo_laboral_cgp2015.pdf
- II. Arenas, G. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. 3ª ed. Bogotá. Legis.
- III. Couture, E. (1996). Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª edición. Buenos aires. Editorial Astrea.
- IV. Escobar. J. (2014). Nociones básicas del derecho procesal civil en el código general del proceso. Ibagué. Universidad de Ibagué.
- V. Forero, J. (2015). medidas cautelares en el código general

- del proceso. 2ª Ed. Bogotá. Temis.
- VI.** López, A. (2014). Elementos de derecho del trabajo. 5ª ed. Librería ediciones del profesional.
- VII.** López, D. (2006). El derecho de los jueces. 2ª ed. Bogotá. Legis.
- VIII.** López, H. (2017). Código general del proceso, parte general. Bogotá. Dupre editores.
- IX.** Orjuela, C., y Pizarro, E. (2013). Los principios constitucionales y legales laborales. Compendio teórico práctico de derecho del trabajo. Bogotá. Legis.
- X.** Parra, J. (s.f.). Medidas Cautelares innominadas. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijsano.pdf>
- XI.** Paz, C. (2015). Estudio doctrinal y jurisprudencial del proceso civil. 2ª ed. Bogotá. Ecoe ediciones.
- XII.** Silva, M. (2013). Módulo de integración del código general del proceso al proceso del trabajo y la seguridad social. Recuperado de: http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/docs2016/modulo_laboral_cgp2015.pdf
- XIII.** Vallejo, F. (2016). La oralidad laboral. 9 ed. Medellín. librería jurídica Sánchez R Ltda.
- XIV.** Vélez, A. (2007). Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado Social de derecho. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/3091/309126689006/>
- XV.** Villegas, J. (2018). Derecho administrativo laboral, relaciones individuales. Tomo I. 2ª Ed. Bogotá. Legis.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XVI.** CConst, SU-599/1995, M. P. F. Morón Díaz. (Corte Constitucional 7 de diciembre de 1995).
- XVII.** CConst, C-623/2004, M. P. R. Escobar Gil. (Corte Constitucional 29 de junio de 2004).
- XVIII.** CConst, T-059/2007, M. P. Á. Tafur Galvis. (Corte Constitucional 1 de febrero de 2007).

XIX. CConst, C-835/2013, M. P. N. Pinilla Pinilla. (Corte Constitucional 20 de noviembre de 2013).

XX. CConst, T-774/2015, M. P. L. E. Vargas Silva. (Corte Constitucional 18 de diciembre de 2015).

XXI. Corte Suprema de Justicia, sala de casación Laboral. (21 de junio de 2011) SL-48003-2011 [Elsy del Pilar Cuello Calderón].

XXII. Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral. (28 de enero de 2014) SL-1195-2014 [M. P. Rigoberto Echeverry Bueno].

XXIII. Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral. (3 de mayo de 2011) SL-47246-2011 [M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez].

XXIV. Corte Suprema de justicia, sala de casación laboral. (3 de mayo de 2018) SL-1422-2018 [M. P. Rigoberto Echeverry Bueno].

XXV. Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral. (6 de marzo de 2012) SL-47528-2012 [M. P. Rigoberto Echeverry Bueno].

XXVI. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral. (6 de mayo

de 2009) SL-34601-2009 [M. P. Luis Javier Osorio López].

REFERENCIAS NORMATIVAS

- XXVII.** L. 100/1993. Art. 143.
XXVIII. L. 100/1993. Art. 2.
XXIX. L. 100/1993. Art. 209.
XXX. L. 100/1993. Art. 213.
XXXI. L. 100/1993. Art. 220.
XXXII. L. 100/1994. Art. 202.
XXXIII. L. 100/1994. Art. 202.
XXXIV. L. 1122/2007. Art. 10.
XXXV. L. 1564/2012. Art. 590.
XXXVI. L. 1751/2015. Art. 2.
XXXVII. L. 1751/2015. Art. 6.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XXXVIII.** Rivera, A. (2017). Derecho procesal civil parte general y pruebas, Bogotá, Leyer.
- XXXIX.** Villegas, J. (2018). Derecho administrativo laboral, relaciones individuales. Tomo I. 2ª Ed. Bogotá. Legis.