

“CRITERIOS DE INAPLICABILIDAD DE LA NORMA LABORAL”

JOSE JORGE BRACHO DAZA

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN HERMENEUTICA JURÍDICA Y DERECHO

BUCARAMANGA

2011

“CRITERIOS DE INAPLICABILIDAD DE LA NORMA LABORAL”

JOSE JORGE BRACHO DAZA

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en Hermenéutica Jurídica y
Derecho**

Directora:

Olga Cecilia González Noriega

Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Secretaria General UIS

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN HERMENEUTICA JURÍDICA Y DERECHO

BUCARAMANGA

2011

DEDICATORIA

Para mis padres, mis hermanos y, sin duda, para Ju.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que me brindaron su apoyo y con el dieron luces para el desarrollo y éxitos del mismo, en especial a:

SILVIA JULIANA GOMEZ SANCHEZ, abogada especialista en derecho laboral, por el aporte de sus conocimientos y apoyo personal para el logro de esta causa.

Al doctor LUIS ORLANDO GALEANO HURTADO, Juez Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, por la sugerencia de textos esenciales para el desarrollo del trabajo.

Al abogado y amigo JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ, por su guía y sugerencias que enriquecieron este trabajo.

A mi directora, OLGA CECILIA GONZALEZ NORIEGA, Magister en Hermenéutica, por creer incondicionalmente e impulsarme para la culminación del trabajo de grado.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	16
1.1 ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	17
1.1.1 Principio de juridicidad.	18
1.1.2 Orígenes del control constitucional.	20
1.1.2.1 El ordenamiento jurídico escalonado.	23
1.1.2.2 Conflictos normativos.	27
1.2 FORMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	30
1.2.1 Naturaleza del control constitucional.	30
1.3 SISTEMAS DIFUSO Y CONCENTRADO	34
1.3.1 Control Difuso.	35
1.3.2 Control Concentrado.	38
1.4 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA	40
1.4.1 El modelo colombiano.	40
1.4.2 Evolución histórica del control constitucional en Colombia.	41
1.4.3 El control de constitucionalidad en la constitución de 1991.	43
1.4.4 Acción pública de inconstitucionalidad.	45
1.4.5 La revisión automática de la Corte Constitucional.	48
1.5 EXCEPCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.....	52
1.5.1 Fundamento.	53
1.5.2 Concepto.	54
1.5.2.1 Sujetos de la excepción.	55
1.5.2.2 Objeto de la excepción.	56
1.5.2.3 Contenido de la ley.	58
1.5.3 Test de razonabilidad.	59
1.5.3.1 Razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.	60

1.5.4 Precedente constitucional.....	62
1.5.5 El precedente y los efectos de la excepción de constitucionalidad.....	66
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL COLOMBIANO	70
2.1 EL DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN.....	70
2.2 PRINCIPIOS	75
2.2.1 Principios como mandatos de optimización.	76
2.2.2 Conflictos de los mandatos de optimización y otras normas.....	79
2.2.2.1 Ley de la ponderación.....	81
2.2.2.2 Fórmula del peso.	82
2.2.2.3 Carga de argumentación.....	83
2.2.3 Ponderación y racionalidad.....	84
2.2.4 Principios positivados.....	86
2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDAD PARA LOS TRABAJADORES	87
2.3.1 Igual trabajo, igual salario.	89
2.3.1.1 Carga de la prueba de la discriminación en procesos de igualdad retributiva.	94
2.3.2 Igualdad en pensiones:	96
2.4 EL PRINCIPIO DE LA REMUNERACION MÍNIMA, VITAL, MOVIL y PROPORCIONAL	99
2.4.1 Remuneración mínima.....	100
2.4.2 Remuneración vital.	103
2.4.3 Movilidad y proporcionalidad de la remuneración.	105
2.4.3.1 Movilidad.....	105
2.4.3.2 Proporcionalidad.	109
2.5 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	111
2.5.1 Renuncia del trabajador.	112
2.5.2 Flexibilidad laboral.	113
2.5.3 Duración indefinida de la relación laboral.	113

2.5.4 Subsistencia y terminación del vínculo laboral.....	115
2.5.4.1 Despido sin justa causa.	117
2.5.5 Estabilidad reforzada.	118
2.5.5.1 Protección a la mujer embarazada.	120
2.5.5.2 Protección a personas en estado de limitación.....	122
2.5.5.3 Fuero sindical.....	125
2.5.6 Estabilidad de las condiciones jurídicas.....	127
2.6 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN LA NORMA LABORAL	128
2.6.1 Derechos ciertos e indiscutibles.....	128
2.7 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN LABORAL	132
2.7.1 Protección al trabajo.	132
2.7.2 Protección al trabajador.	133
2.7.2.1 Principio de favorabilidad.	134
2.7.2.2 Principio de la condición más beneficiosa.....	137
2.7.2.3 Principio de in dubio pro operario.	147
2.8 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD	149
2.8.1 Progresividad y razonabilidad del desmejoramiento de las condiciones. ..	150
2.8.2 Progresividad y condición más beneficiosa.	153
2.9 PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS.....	155
2.9.1 Clausulas o pactos de exclusión.....	155
2.9.2 El contrato realidad.	157
3. LOS PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES EN PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BUCARAMANGA.....	162
3.1 SALARIO IGUAL, TRABAJO IGUAL	163
3.2 REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL	167
3.3 INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS	172
3.3.1 Negociabilidad del salario.	172
3.3.2 Conciliación.....	174

3.4 ESTABILIDAD.....	176
3.4.1 Resciliación.....	176
3.4.2 Despido de la trabajadora embarazada.	177
3.5 CONTRATO REALIDAD	180
3.5.1 Contratos de prestación de servicios del Instituto de Seguros Sociales.	181
3.5.2 Desnaturalización de la relación laboral en el sector privado y prescripción de los derechos derivados del contrato realidad.....	184
3.6 CONDICION MÁS BENEFICIOSA Y PROGRESIVIDAD	190
3.6.1 Inaplicabilidad por inconstitucional de la exigencia de fidelidad al sistema.	190
3.6.2 Condición más beneficiosa y acuerdo 049 de 1990.....	193
3.6.3 Favorabilidad e inescindibilidad de las normas.....	195
CONCLUSIONES	200
BIBLIOGRAFÍA.....	205

LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro 1.	165
Cuadro 2.	169
Cuadro 3.	179
Cuadro 4.	192

RESUMEN

TITULO: CRITERIOS DE INAPLICABILIDAD DE LA NORMA LABORAL.*

AUTOR: BRACHO DAZA, José Jorge.**

PALABRAS CLAVES: EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, ESCALONAMIENTO JERÁRQUICO, PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES, INAPLICABILIDAD DE LA NORMA LABORAL, MANDATO DE OPTIMIZACIÓN, APLICACIÓN DIRECTA DEL PRINCIPIO LABORAL AL CASO CONCRETO.

DESCRIPCION:

En el presente trabajo se abordará el tema de la inaplicabilidad de la norma laboral cuando se muestre contraria a las disposiciones constitucionales. No solamente se entenderá norma como la norma legal, sino como toda disposición normativa que por su naturaleza disponga supuestos hipotéticos aplicables a la relación laboral. Los principios consagrados constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia son criterios orientadores de la relación laboral, no solo para el legislador, sino para el operador jurídico, ya que por ser mandatos de optimización tienen una vocación directa de aplicación al caso concreto. En ese sentido se aborda el estudio de las características principales de los mencionados principios constitucionales, así como las relaciones de convergencia existentes entre ellos. La primacía de la Constitución en el sistema jurídico escalonado, establece la obligación a los diversos operadores jurídicos, bien de carácter judicial o administrativo, a someter las normas aplicables a un caso concreto a un test con el objetivo de establecer el grado de afectación causado por la norma aplicable al caso concreto de un ciudadano. La decisión del operador jurídico de apartarse de la norma aplicable debe ser argumentada en razón de la presunción de legalidad de las normas. El instrumento idóneo para la inaplicación de la norma laboral que se encuentre en contradicción con los principios consagrados constitucionalmente es la excepción de constitucionalidad, a través de la cual se da un alcance directo a los principios y a la Constitución.

El estudio se centrará primeramente en el control de constitucionalidad, en especial la figura del control por excepción, como segunda medida se profundizará en los principios laborales positivados constitucionalmente. Por último se establecerá la posición de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga con respecto de la inaplicación de las normas que contraríen los principios constitucionales.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas: Escuela de derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Directora: Olga Cecilia González Noriega.

ABSTRACT

TITLE: CRITERIA OF DISAPPLICATION OF THE LABOR RULE.*

AUTHOR: BRACHO DAZA, José Jorge.**

KEY WORDS: EXCEPTION OF UNCONSTITUTIONALITY, PRIMACY OF THE CONSTITUTION, CONSTITUTIONAL LABOR PRINCIPLES, HIERARCHICAL STEPPING, DISAPPLICATION OF THE LABOR RULE, MANDATE OF OPTIMIZATION, DIRECT APPLICATION OF THE LABOR PRINCIPLE TO THE SPECIFIC CASE.

DESCRIPTION:

This paper will address the issue of the disapplication of the labor rule when it shows contrary to constitutional provisions. The rule will not only be understood as a legal rule, but as a whole normative provision which by its nature has hypothetical assumptions that are applicable to the employment relationship. The principles constitutionally enshrined in article 53 of the Constitution of Colombia are guiding criteria of the employment relationship, not only for the legislator, but legal operators, because as optimization mandates have a vocation to direct application to the specific case. That is the sense that this research approaches the study of the main features of the above-mentioned constitutional principles, as well as the convergence relationships between them. The primacy of the Constitution in the legal staggered system establishes the obligation to the various legal operators, either judicial or administrative, to submit the applicable rules to a specific case to a test in order to establish the degree of affectation caused by the applicable standard of a citizen's concrete case. The decision of the legal operator to deviate from the applicable rule must be argued due to the presumption of legality of the rules. The ideal instrument for the disapplication of the labor rule that is in contradiction with the principles of constitutionality is the exception of constitutionality, which gives direct reach to the principles and the Constitution.

The study will focus primarily on control of constitutionality, especially the figure of the control by exception, as second measure, it will delve deeply into the labor constitutionally positivized principles. Ultimately, it will set up the standing of the Labor Chamber of the Superior Court of Bucaramanga according to the disapplication of the rules that counteract the constitutional principles will finally be established.

* Degree work.

** Faculty of human sciences: School of law and political science. Master of legal hermeneutics and law. Director: Olga Cecilia González Noriega.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará el tema de la inaplicabilidad de la norma laboral cuando se muestre contraria a las disposiciones constitucionales. No solamente se entenderá norma como la norma legal, pero en ella se centrará el estudio, sino como toda disposición normativa que por su naturaleza disponga supuestos hipotéticos aplicables a la relación laboral. En ese sentido se abarcará en tres capítulos el estudio del tema, primero profundizando en el control de constitucionalidad, luego en los principios consagrados constitucionalmente como orientadores de la relación laboral y luego con un ejercicio práctico donde buscaremos identificar la posición que respecto de la aplicación directa de los principios constitucionales ha tomado la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Una vez dicho lo anterior, debemos ahondar más el contenido del trabajo.

En el primer capítulo se profundizará sobre el control constitucional, en el se hará un repaso por su historia y fundamentos, su evolución en Europa, en la cual alcanzó el mayor desarrollo en los periodos de entreguerras, puesto que producto de la primacía de la ley como producto de la actividad del órgano representativo no era consentida la posibilidad de su control, no obstante vislumbrarse antecedentes, aunque no precisamente del europeo, del control constitucional en el *common law*. De otro lado en el sistema americano se establece el llamado *judicial review*, donde los jueces pueden exceptuar la constitucionalidad de la ley en caso de presentarse contradicción con la Constitución en el caso concreto. Teniendo en cuenta lo anterior se estudiarán los sistemas europeo y norteamericano representativos de un modelo de control concentrado y difuso, identificados con un estudio de la constitucionalidad abstracta y en concreto, respectivamente. En el caso de nuestro sistema de control constitucional se profundizará en sus orígenes y un repaso por las manifestaciones en diferentes constituciones hasta alcanzar los instrumentos de control constitucionales que se

tienen hoy; deteniéndonos para estudiar con mayor detenimiento la acción pública de constitucionalidad y la excepción de constitucionalidad, ambas figuras representativas del modelo de control colombiano mixto. En todo caso y teniendo en cuenta su importancia en cuanto a control concreto se refiere, se profundizará en las características de la excepción de constitucionalidad y su vocación de prevalencia de la Constitución, los presupuestos de razonabilidad mínimos a tener en cuenta cuando se hace uso de inaplicación de una norma y la defensa del precedente constitucional a través de este instrumento.

El segundo capítulo abordará las diferentes manifestaciones que del derecho laboral se refieren en la Constitución, la cual se transforma en un ámbito de desarrollo de esa rama del derecho. Adquiriendo mayor importancia los principios laborales constitucionales, los cuales por su vocación de aplicación directa, se convierten en los criterios de inaplicación de la norma laboral. Antes de abordar su estudio se profundizará en la concepción de principio como mandato de optimización, su conflicto con las reglas y la forma de solución de enfrentamientos entre principios: la ponderación. Luego se pasará a describir los principios laborales más representativos en el derecho constitucional, reconocidos por la doctrina: sus características, relaciones, casos de aplicación y pronunciamientos jurisprudenciales. Entre ellos: el principio de igualdad, remuneración mínima, vital, móvil y proporcional, estabilidad, protección, favorabilidad, condición beneficiosa, progresividad y primacía de la realidad.

El tercer capítulo comportará la verificación de los alcances de los principios laborales del derecho laboral dentro de los pronunciamientos realizados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga dentro de procesos ordinarios donde el problema jurídico atañe la optimización de un principio en el caso concreto, así como la posible inaplicación vía excepción de constitucionalidad como el instrumento idóneo para aplicación directa de un principio.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Profundizaremos en el presente capítulo, en el desarrollo que ha tenido el control de constitucionalidad, los conceptos desarrollados por Hans Kelsen en cuanto a lo referente a la estructura escalonada del sistema jurídico y los conflictos normativos y el tribunal constitucional; los modelos diferenciados por los estudiosos del control constitucional, en el que se irá denotando que no existe un modelo ideal de cada sistema, sino que los sistemas jurídicos los han ido adaptando a sus necesidades; estudiaremos el surgimiento e historia del control norteamericano y europeo, las relaciones de los modelos difuso y concentrado, así como de los modelos concreto y abstracto; para luego abordar el modelo de control actual en Colombia luego de mirar su desarrollo histórico y el análisis de los instrumentos más representativos del control constitucional colombiano: acción pública de exequibilidad y excepción de constitucionalidad. Respecto de la última se estudiará su concepto, sus características y aplicación. Referente a la procedencia de la excepción de constitucionalidad estudiaremos los presupuestos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben acompañar la argumentación del operador jurídico, así como el respeto por el precedente constitucional y la excepción de constitucionalidad como el medio idóneo para ello.

La necesidad de establecer un control a la validez de las normas, con el fin de mantener la coherencia del mismo, es una consecuencia de la organización jerárquica de las normas dentro de un sistema jurídico estatal. El control de constitucionalidad es un mecanismo que busca proteger la coherencia del sistema bajo el precepto de la supremacía de la Constitución sobre las normas legales y la consolidación de dicha jerarquía, convirtiéndose en uno de los elementos propios de los actuales Estados constitucionales liberales.¹

¹NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa editorial, 1997, p. 258.

Tanto en el mundo jurídico anglosajón como del derecho continental europeo se presenta el control constitucional de las normas. La primacía de la Constitución no solo se pregonaba de su carácter de norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico, sino por su esencia de ser la carta contentiva de los principios y valores de un sistema jurídico-político. Esa primacía formal y material de la Constitución, se fundamenta en su doble sentido dogmático y orgánico. El primero, pues a través de ella se revelan los valores, ideología y cultura de una nación. El segundo, porque es la norma que fija la estructura, organización y funcionamiento del Estado².

1.1 ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El concepto de Constitución se forma en el entendido de un límite al poder y una forma de organización del Estado liberal. En la conformación de los Estados demoliberales, el concepto predominante y legitimador de la soberanía del Estado, radicada en la nación, era el concepto de voluntad general; la cual se expresaba por medio del producto de la actividad del legislador: la ley. La voluntad general se resumía en la ley. Por dicha razón la ley soberana y sabia no admitía control de ninguna clase; y su vigencia no podía ser cuestionada. La soberanía pasa de ser individual a institucionalizarse, se abre paso la conformación del Estado en república y su principal característica: la separación de poderes.

Este modelo de régimen nace en la revolución francesa, mediante la traslación de la soberanía del monarca a la nación y la radicación de la voluntad general, en el órgano representativo; con ello pretendían los revolucionarios burgueses la preservación del nuevo régimen revolucionario. Permitir el cuestionamiento de la vigencia de la ley pondría en peligro el régimen naciente. Sería la norma "la tabla flotante, pero no la norma constitucional sino la norma legal. La diferencia era

² ESTRADA VELEZ, Sergio Iván. La Excepción de Principialidad. Bogotá D.C.: Temis, 2000, p. 53-61.

categoría, mientras la primera se ubicaba por encima del legislador, la legal dependía de la voluntad omnímoda de este”³. La búsqueda del fortalecimiento del legislativo⁴ dio preponderancia, en la hermenéutica jurídica, al método exegético: “método que ausculta fundamentalmente la voluntad del legislador para desentrañar el significado de las normas”⁵.

1.1.1 Principio de juridicidad. La ley es concebida en aquel momento como el presupuesto de la actividad estatal. No habría acción del Estado sin norma legal que la regulara o al menos delimitara su rango de acción, dentro de la cual actuaría con total discrecionalidad el ejecutivo. Conociéndose como el principio de vinculación negativa. Sin embargo era necesaria la superación de tal principio, por sus implicaciones contradictorias con los principios de la democracia, otorgando rangos de acción al ejecutivo para su actividad sin regulación.⁶ Se hace necesario pensar en un principio de vinculación positiva, dándose “por parte de la escuela de Viena (Kelsen y Merkl), principalmente al señalar que la existencia de ámbitos exentos de ley es una contradicción, pues si en el proceso jurídico se parte de la Constitución, todo poder debe ser previamente conferido o atribuido por una norma.”⁷ Se fija el principio de juridicidad, donde los actos de los órganos y funcionarios del Estado se encuentran sometidos a las normas jurídicas, fundamento de su validez.

³ TOCORA, Fernando. Control Constitucional y Derechos Humanos. Bogotá D.C.: Librería del Profesional, 1992, p. 14.

⁴ En el caso de la revolución socialista, consecuencia del poder absoluto detentado por los soviets en pro de la permanencia de la revolución bolchevique, fue aceptada la revisión constitucional en cabeza del órgano legislativo. “En el plano hermenéutico, la introducción de criterios subjetivos como el del ‘espíritu de la revolución socialista’ condujeron, por su laxitud e ideologización, a un mayor distanciamiento ya no solo del texto constitucional sino también del texto legal, comprometiendo con ello el principio de legalidad”. Ibíd. p. 15.

⁵ Ibíd.

⁶ SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana. Bogotá: D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 156.

⁷ Ibíd.

Específicamente, el principio conocido como de legalidad, identificado muchas veces con el principio de juridicidad⁸, supone el sometimiento de los poderes del Estado a la ley. La ley prevalece, sobre las otras fuentes conocidas del derecho, por su origen en el seno del órgano representativo de la voluntad popular, el legislativo. Siendo la voluntad general el acatamiento de la ley, por los demás órganos del Estado, se establece así el Estado de Derecho⁹:

“El Estado constitucional quería desplazar las decisiones políticas desde el secreto de los gabinetes al amparo de la opinión pública y de la voluntad popular. Por eso quiso regular constitucionalmente la toma de decisiones como producto de una lucha dialéctica entre las diversas tendencias políticas, enfrentamiento que se realizaba, siguiendo los medios constitucionalmente previstos para ello a dos niveles: las elecciones y la discusión parlamentaria”¹⁰.

Producto de la construcción liberal se reconoce a la Constitución como un conjunto de normas fundamentales que regulan la organización del Estado y el poder político, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, la función legislativa y los principios que fundamentan el Estado, es decir un instrumento de naturaleza política¹¹.

⁸ Ibíd. p. 157 - 164. Para el autor identificar el principio de legalidad con el principio de juridicidad, entendido el primero como la sujeción de la actividad estatal a la ley y el segundo como la sujeción a todas las normas del derecho, no aporta mucho al concepto de Estado Social de Derecho y se convierte en una redundancia. Así mismo, tal equiparación pone en duda que la ley sea la fuente principal del derecho teniendo como único límite la Constitución; desconociendo el carácter pluralista y deliberativo del Congreso, donde se encuentran representados los ciudadanos y que por excelencia el legislativo y por ende su producto la ley, son las entidades más democráticas en un Estado.

⁹ Ibíd. 163 – 164.

¹⁰ SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 34.

¹¹ “Si bien la noción de pieza política es cierta, ella no excluye el valor jurídico, ni quiere significar que la Constitución queda condicionada a la ley para obtener sus efectos jurídicos, aunque esto último no implica desconocer los grandes atributos de precisión y aplicabilidad que comunican las leyes a las formulas de principios consignadas en la Constitución”. VIDAL PERDOMO, Jaime. Introducción al Control Constitucional: Teoría y aproximación a la práctica en Colombia. Bogotá D.C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2007, p. 44.

Así el principio de legalidad no establece como única fuente del derecho a la ley, sino que reconoce y exige que el fundamento de la actividad estatal sea la Constitución, como fuente de validez del ordenamiento jurídico. Sin embargo ello no llevaría a pregonar una aplicación directa de las normas constitucionales por los funcionarios estatales, basados en los diferentes valores o principios consagrados, pues su sujeción a la ley evita arbitrariedades de las autoridades¹².

1.1.2 Orígenes del control constitucional. Empero se origina en los Estados Unidos de América una teoría tendiente a hacer prevalecer la norma constitucional sobre las demás. La condición histórica estadounidense producto de su independencia de Inglaterra y la convicción de conformar un régimen democrático federalista conducen a la necesidad de ubicar a la constitución en un nivel superior a los poderes constituidos (legislativo y ejecutivo)¹³. La tradición anglosajona muestra como antecedentes del control constitucional las tesis de Sir Edward Coke en el siglo XVII¹⁴ en la que se pregonó la supremacía del *common law* sobre las decisiones del parlamento, las cuales debían ser controladas por intermedio de los jueces¹⁵. Pero el nacimiento del control constitucional es aceptado a partir de 1803 con el caso *Marbury vs Madison* en los Estados Unidos, en el cual el juez Marshall inaplica una ley federal por encontrarla contraria a la Constitución. Nace el sistema de *judicial review* que para Marshall no implica un poder sin control, sino el ejercicio del poder judicial en procura de la separación de poderes. El fallo

¹² SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 164.

¹³ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp. cit., p. 14.

¹⁴ “Coke formulo los pilares de una doctrina de la supremacía constitucional, al afirmar la preeminencia del *common law* (entendido como un derecho común generador de un orden espontáneo, que para esa época –siglo XVII- comenzó a ser vinculado con la teoría del derecho natural) frente a los actos de la corona y las leyes del parlamento”. REAL GUERRERO, Rodrigo. El Control de Constitucionalidad sobre Interpretaciones Judiciales. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas, Dpto. de Derecho Público, 2006, p. 4.

Si bien el antecedente de Coke es un antecedente más “inmediato” ya se podía hablar de controles al poder político en los pensadores griegos, así como en sus instituciones; así, la asamblea ateniense era limitada por normas superiores, los *nomos*. Platón diferenció entre un derecho escrito y el derecho natural. El derecho natural limita al legislador al ser la fuente de derechos innatos, irrenunciables e intangibles. TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 41 - 43.

¹⁵ *Ibíd.* p. 42.

cimentó la concepción de que la norma constitucional debía primar ante la norma legal, lo cual reforzaba la idea de plantear límites a los poderes detentados por los poderes ejecutivo y legislativo¹⁶.

Del otro lado del Atlántico, en la Europa influenciada por la revolución burguesa, el paso de un Estado monárquico al demoliberal, la tradición del poder preeminente del legislador y la teoría de la voluntad general, no previeron la posibilidad de un control judicial a las leyes¹⁷. Es en la Europa de entreguerras mundiales donde se localiza otro precedente del control de constitucionalidad. Luego de finalizada la primera guerra mundial y desintegrado el imperio Austro-Húngaro se promulga la constitución austriaca; de la cual el jurista Hans Kelsen fue su autor. En la mencionada constitución se consagró un tribunal constitucional como único encargado de velar por la supremacía constitucional, lo que a la postre generará el sistema de control constitucional concentrado. Pero Kelsen no fue inspirado por la idea de un gobierno de los jueces, pues “para manifestar el carácter preferencial otorgado al legislador hablaba del control en el sentido de ‘legislador negativo’”¹⁸. De acuerdo con Paula Viturro, la importancia que Kelsen le otorgaba al control constitucional radicaba en la concepción positivista de la Constitución, que configuraba el actuar parlamentario, por lo que si se comprobaba la aprobación de una ley al procedimiento constitucional, debía ser aprobada¹⁹.

En la España republicana del 31 se replicó el sistema de jurisdicción constitucional. Luego de constituida la República de Weimar y aunque no se expresó constitucionalmente la creación de un tribunal constitucional, los alemanes adoptaron un sistema jurisprudencial de control constitucional sobre la

¹⁶ Ibíd. p. 44 – 45.

¹⁷ La obra del francés Lambert “El gobierno de los jueces en Estados Unidos” y las dificultades impuestas por la revisión constitucional a las reformas del “*new deal*” son algunas de las causas que afirmaban el recelo europeo”. TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 45.

¹⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp. cit., p. 8.

¹⁹ VITURRO, Paula. Sobre el Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, p. 35-36.

ley. Si bien se le había reconocido al Tribunal del Reich la competencia de dirimir conflictos entre leyes internas de los Estados con las leyes federales de la república, no se previó la incompatibilidad de una ley frente a la constitución. En 1925 el Tribunal del Reich consideró que aunque los jueces se encuentran bajo el imperio de la ley esto no obsta para que en el caso de oposición de una norma legal con un principio constitucional el juez recusara su validez.²⁰ Esta primera etapa de control constitucional en Europa terminaría con el advenimiento de los regímenes fascistas y el estallido de la segunda guerra mundial.

Luego de ese episodio y de los conocidos excesos cometidos por los regímenes fascistas, que nacieron en diferentes países europeos y habilmente se tomaron el poder usando las reglas de los Estados demoliberales de la época, pervirtiendo los regímenes republicanos y transformandolos en dictaduras absolutas, surge una segunda oleada de tribunales constitucionales reconocidos en las constituciones de la República Federal Alemana, en Italia, la de España de 1978, expandiéndose luego por los países de la antigua cortina de hierro; y en países del tercer mundo como Sudafrica y latinoamericanos como Colombia. Aunque puede anotarse que en nuestro país el control de constitucionalidad es de mas antigua data.

De esa forma, los orígenes del control constitucional pueden rastrearse en el derecho anglosajón, materializándose la institución de la revisión judicial en la naciente nación estadounidense, en Europa la conciencia de un control constitucional se genera luego de los cambios en la concepción de derecho en gran parte debido a la teoría de Hans Kelsen respecto de la validez del sistema jurídico y su autoproducción, cuya fundamentación de la unidad del sistema desarrolla la teoría de escalonamiento del sistema y la consecuente necesidad de un sistema de resolución de conflictos entre las normas de diferente jerarquía.

²⁰ Ibíd. p. 45 – 49.

1.1.2.1 El ordenamiento jurídico escalonado. Kelsen planteó una teoría general del derecho que pretendió abarcar la fundamentación teórica del derecho, es decir, busca “precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho”²¹. Así, el objeto del estudio de tal teoría es la norma jurídica y las relaciones que entre las normas se crean. Para Kelsen las relaciones entre diferentes proposiciones jurídicas, su condición y consecuencia, se da a través de la imputación que a diferencia de la causalidad natural es una creación netamente humana.

Claramente el derecho es una ciencia del deber ser y así lo aborda en su teoría, describiéndola como una teoría que estudia el deber ser del derecho positivo y por lo tanto describe lo que el derecho es. Una de las preocupaciones principales de Kelsen se presentaba en la unidad del conjunto de proposiciones jurídicas a tal problema la solución con la idea de norma fundamental, la cual es la razón de validez del sistema. Consecuentemente, Kelsen establece que la estructura lógica de todo sistema jurídico es escalonada. Así mismo, el desarrollo del principio de no contradicción, prevalente tanto en la naturaleza como en el derecho postula la unidad de la concepción jurídica; unidad que no se constata en el ser jurídico, en el cual pueden existir normas en contradicción.²²

Como habíamos dicho antes, el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico es una norma fundante básica, la cual no se deduce de la norma producida, debe ser presupuesta. De dicha norma fundante, como norma presupuesta, se derivan la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico producidas de acuerdo a ella. El fundamento de validez de una norma se encuentra en otra norma.²³ La descripción kelseniana del sistema normativo como

²¹ KELSEN, Hans. ¿Qué es la teoría pura del Derecho? México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 2004, p. 8.

²² *Ibíd.* p. 9-21.

²³ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Décima quinta edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007, p. 203-214.

una superposición de silogismos de los cuales la premisa mayor es fundamento de validez de la premisa menor y el enunciado de hecho requisito necesario para la producción de la conclusión, la consecuencia imputada, no permite deducir la existencia de la norma fundante, esta debe ser presupuesta como sostiene Kelsen. Para Kelsen, la contradicción en un ordenamiento jurídico es una realidad. La constitución del sistema jurídico en una forma escalonada significa que la norma superior otorga validez a la norma inferior. El autor distingue conflictos entre normas de un mismo o diferente nivel. Respecto de la primera clase de conflictos aclara que solo es solucionable cuando el órgano encargado de aplicar una norma se encuentra facultado por una norma para elegir entre una u otra, al establecerse principios como *lex posterior derogat priori*.²⁴ Es decir, a través del establecimiento de cláusulas de exclusión utilizando la terminología de Dworkin.

Si el fundamento de una norma se encuentra en otra norma superior, la autorregulación del derecho supone la conformación del ordenamiento jurídico en diferentes niveles o escalones. La norma superior otorga la validez y condiciones de producción de la inferior, que será subordinada por aquella. “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”.²⁵ Anota Juan Carlos Upegui Mejía que la noción de jerarquía en Kelsen surge de dos de sus planteamientos más importantes: a) la unidad del sistema jurídico, con base en la norma fundamental y b) el proceso de dificultad de producción normativa y fuerza derogatoria. En tanto la posición jerárquica de una norma depende de su procedimiento para la formación y la competencia del órgano de competencia. Así entre mayor el órgano de competencia y la dificultad de la producción se determina la escala de jerarquía. La relación entre los postulados mencionados establece la jerarquía normativa en un sistema.²⁶

²⁴ Ibíd. p. 214-215.

²⁵ Ibíd. p. 232.

²⁶ UPEGUI MEJIA, Juan Carlos. La teoría del escalonamiento normativo y la creación de normas constitucionales. Un análisis aplicado al caso colombiano. En: Hans Kelsen: 1881-1973. Bogotá

La unidad se la concede su referente de autoproducción: la norma fundamente básica. Así, Kelsen en la primera grada jurídica ubica la constitución, la cual regula la forma como deben producirse las demás normas generales, determina el contenido de futuras leyes o los excluye, también establece las condiciones de su reforma y creación de nuevas constituciones, en condiciones por lo general más difíciles que las condiciones de creación de leyes. Al hablar del establecimiento de los contenidos de las futuras leyes o la exclusión de determinados contenidos, Kelsen valora a los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones en un sentido negativo, es decir, de no permitir que leyes con un contenido contrario a ellas sean válidas. Sin embargo es escéptico respecto de regulación de contenidos de futuras leyes, pues la considera una promesa, dado que no existe obligación de crear leyes con tales contenidos.²⁷ Respecto de ello, la teoría de mandato de optimización de principios de Alexi les confiere un alcance general sobre casos concretos y reconoce en ellos una pretensión de ser desarrollados por el legislador.

En la segunda grada de la jerarquía encontramos a las normas de tipo general consuetudinarias o legales, según sea el sistema jurídico. Para Kelsen “Las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa son normas conscientemente impuestas, es decir, normas promulgadas por escrito”.²⁸ Consideró que la costumbre es derecho positivo en la medida en que sea impuesto por un tribunal que tenga facultad para ello. En otro escalón distingue la subordinación ley y ordenanza reglamentaria. Kelsen explica que “las normas generales provenientes de organismos administrativos y no del parlamento, son

D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 175-193. Anota el autor el mayor desarrollo del postulado de la teoría fundante, en comparación con el postulado de la dificultad de producción y fuerza derogatoria en Kelsen.

²⁷ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Óp. cit., p. 232-234.

²⁸ Ibíd. p. 235.

designadas ordenanzas reglamentarias y pueden ser tanto reglamentos de aplicación, o reglamentos con fuerza de ley”.²⁹

Si continuamos descendiendo en la escala de Kelsen tendremos que las decisiones judiciales y resoluciones administrativas, como aplicación del derecho formal y material a un caso concreto, son las siguientes en jerarquía.³⁰ De la validez del sistema y su consecuente estructura escalonada Kelsen concluye que la aplicación de una norma general es creación y producción de normas, por lo que “La aplicación del derecho es, pues, producción de una norma inferior fundándose en una norma superior o ejecución del acto coactivo estatuido en una norma”.³¹

La sentencia judicial creadora de actos individuales de derecho tiene un carácter constitutivo, no solo declarativo del derecho general. Ella se produce en aplicación del orden jurídico válido, pues un órgano judicial solo puede decidir un caso concreto creando una norma individual para él, si el ordenamiento jurídico no prevé una consecuencia para tal caso en una norma general, pero mediante norma general que faculta al tribunal para ello. Kelsen afirma que los tribunales además de crear una norma para el caso específico, crean normas de carácter general, en uso de lo que se conoce como precedente. Ello cuando “la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por la legislación o costumbre o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación”.³² Cuanto menos posibilidades el órgano legislativo otorgue a los tribunales de crear normas general, mayor será la seguridad jurídica del sistema, si, por el contrario, se aboga por la libre creación del derecho, mayor será la flexibilidad jurídica del sistema en detrimento de la seguridad jurídica. Ante tal

²⁹ Ibíd. p. 239.

³⁰ Ibíd. p. 240-243.

³¹ Ibíd. p. 245.

³² Ibíd. p. 258.

situación, Kelsen propone un justo medio entre las dos posiciones ideales y contradictorias.³³

La interpretación para Kelsen es derecho en la medida en que sea realizada por un órgano encargado de aplicar la norma. Ello obedece a su distinción entre derecho y ciencia del derecho, del cual aquel es objeto de esta. Por tal razón sostuvo que la interpretación de un juez, creadora de derecho, solo es susceptible de ser calificada como válida o inválida. “la interpretación de la autoridad jurídica es la interpretación de una norma superior que debe ser aplicada por la autoridad jurídica en el establecimiento de una norma inferior”.³⁴ Por ello Kelsen consideró interpretación auténtica la realizada por una autoridad administrativa o judicial, por ser vinculante y constituye uno de los medios de producción del derecho, no así la interpretación que hace el científico del derecho.³⁵

1.1.2.2 Conflictos normativos.³⁶ En la teoría pura del derecho, por la conformación escalonada del derecho se acepta la posibilidad de contradicciones o conflictos entre normas de diferentes niveles. Es decir entre sentencias judiciales y las normas generales y estas respecto de la Constitución. Hablándose de sentencias *contra legem* y leyes inconstitucionales. En tales casos Kelsen prevé la anulación de la norma constitucional, es decir, una norma deja de valer por ministerio de otra norma. En los casos de sentencias contrarias a la ley, el reconocido autor, manifiesta que la norma individual producto de la sentencia es inválido mientras se haya producido en contradicción del procedimiento establecido por la norma superior o su contenido sea contrario a la misma. Tanto cuestionarse por la validez de una norma, como por el órgano competente para declarar su anulabilidad son importantes para Kelsen; y en ese sentido solo el mismo órgano productor de la norma en cuestión o un órgano superior son

³³ Ibíd. p. 258-263.

³⁴ Kelsen, Hans. ¿Qué es la teoría pura del Derecho? Óp. cit., p. 25.

³⁵ Ibíd. p. 24-30.

³⁶ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Óp. cit., p. 273-284

competentes. Así una sentencia que no haya sido anulada y por ende mantenga su validez producto de la cosa juzgada no puede denominarse una sentencia contraria a derecho.

El término “ley inconstitucional” es un contrasentido para el autor, puesto que para que una ley sea válida debe producirse de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Constitución o a los presupuestos de contenido que esta establezca. El término es entendido por Kelsen como la posibilidad de derogatoria de la ley, tanto por la expedición de una ley posterior que dé al traste con la anterior, como en aplicación de un procedimiento específico establecido en la Constitución. Kelsen, manifiesta que la competencia para establecer la “inconstitucionalidad” de una ley la establece la constitución en su procedimiento, o bien dejándola en cabeza del órgano productor de la ley, el legislativo, un tribunal especializado o todos los órganos encargados de aplicar la norma, en especial los tribunales jurisdiccionales, siempre que la Constitución no excluya la posibilidad de estudio constitucional. En todo caso Kelsen sostiene que de encontrarse una norma contraria a la Constitución esta no debe entenderse nula, pues es una norma válida, eso sí, susceptible de ser anulada, es decir despojada de su validez. El principal órgano competente para verificar la constitucionalidad de una ley, es el propio órgano de producción. Toda ley por el solo hecho de ser expedida por el parlamento es ley y como tal válida. Pero el autor es consciente de que la Constitución establece dos vías entre las cuales escoge el legislador: i) producir la ley de acuerdo con el procedimiento constitucional o ii) en contra de él; último caso en que puede ser derogada de existir un procedimiento constitucional para ello.

“La situación jurídica es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto del legislativo, el examen y resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular una ley que considere

‘inconstitucional’.³⁷ En ese caso Kelsen establece que puede ser otorgada tal facultada a un tribunal especial o a todos los tribunales. En el caso de otorgarse la competencia a todos los tribunales, quienes deben aplicar la norma a un caso concreto, el examen de constitucionalidad y la correspondiente invalidación de la norma rigen para el particular caso concreto, manteniéndose la ley válida para los demás casos. Otro caso es el evento en que el órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad de una ley sea un tribunal especializado, un tribunal constitucional. Para el autor, es claro que una ley mientras no sea derogada mantendrá su vigencia y por ende será una norma válida, más aún si se tiene en cuenta que el tribunal constitucional no solo invalida la norma por inconstitucional para un caso específico, sino que lo hace de una forma general, sacándola del sistema jurídico. La diferencia es sustancial respecto del órgano que detente la competencia de determinar la constitucionalidad de la ley: a) de ser el legislativo puede elegir consciente o inconscientemente entre producir la norma de acuerdo a la constitución o no, caso en el que la norma será válida; b) de ser un órgano judicial, en especial un tribunal constitucional el competente, el legislador puede elegir igualmente, pero la ley podrá ser susceptible de anulación, en caso de ser producida en contravía de lo dispuesto constitucionalmente.³⁸

La teoría kelseniana tiene sus principales rasgos distintivos en la teoría de la norma fundante del sistema jurídico y su forma escalonada en la que las normas de mayor jerarquía imparten la validez y contenido de las subordinadas. Las formulas descritas por Kelsen respecto de los órganos con competencia para el estudio de la constitucionalidad, muestran diversas formas de su control y las diferentes consecuencias de cada uno. Bien que resida en un órgano judicial o político, en cabeza de uno o de varios órganos.

³⁷ Ibíd. p. 280

³⁸ Ibíd. p. 277-282

1.2 FORMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad puede ser de naturaleza judicial y de naturaleza política, dependiendo el organo que se encargue de llevar tal control. Si este reside en el legislativo el control será de tipo político; lo mismo puede pregonarse del control ejercido en Francia por el Consejo Constitucional, o el control ejercido en nuestro país por el Presidente de la República al objetar cualquier proyecto de ley, excepto los de ley estatutaria, de acuerdo con el artículo 166 inciso 1 de la Constitución Política.³⁹

El control constitucional será judicial cuando se encuentre en cabeza de uno o varios organos o funcionarios de la rama judicial. En tal caso el Tribunal constitucional es considerado un legislador negativo por lo que se prefiere “hablar de una división de poderes, donde hay un control recíproco y una colaboración armónica, y no de una separación de poderes en la que existiría una concentración excesiva de poder en un solo órgano, que por contragolpe, atentaría contra la democracia”⁴⁰. La tendencia predominante de control es el ejercido por un organo de tipo judicial, (como lo es la Corte Constitucional en Colombia) sin embargo no puede hablarse exclusivamente de un organo de control eminentemente judicial.

1.2.1 Naturaleza del control constitucional. La jurisdicción constitucional no puede ser puramente jurídica, es como cualquier jurisdicción una manifestación del poder del Estado, pero sus efectos son más visibles al tocar relaciones de poder público y de la sociedad y no tener como único punto las relaciones privadas. Su carácter judicial lo otorga la actividad hermenéutica y su base normativa; pretende la independencia que se le exige a la rama judicial. Si bien es posible afirmar que los tribunales constitucionales preservan la norma superior de

³⁹ En adelante C.P.

⁴⁰ REAL GUERRERO, Rodrigo. Óp. cit., p. 13.

un Estado, también podemos afirmar que como parte del derecho, que es, cumple una función política de mantener un orden social, político y económico⁴¹ o de emancipación.

El control judicial ha sido criticado⁴² por representar la prevalencia de decisiones de órganos de constitución poco democrática sobre los órganos democráticamente elegidos como lo son el ejecutivo y el legislativo. “Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes según la cual aquellos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones. Alexander Bickel llamo este problema ‘la dificultad contramayoritaria’⁴³.”

Carlos Santiago Nino expone a la democracia deliberativa como el mejor sistema para la protección y realización de derechos individuales, sin embargo ello no es suficiente para hacer a un lado la necesidad de un control de constitucionalidad.⁴⁴ Desde la formulación del sistema de control de constitucionalidad se planteó una necesidad lógica. Para la teoría pura, el derecho es “un determinado orden (u organización) del poder”,⁴⁵ sin embargo no es el poder mismo. La validez de toda norma reside en la norma fundamental, la cual es “presupuesta como norma fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido válido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica”.⁴⁶ Así, en cuanto lo atinente a la validez de una norma jurídica se encuentra en una norma superior

⁴¹ TOCORA, Fernando. Óp., cit., p. 64 – 68.

⁴² Un ejemplo de la contraposición a una jurisdicción constitucional era la sostenida por Carl Schmitt “afirmaba que un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no derivaría en una juridificación de la política sino al contrario en la politización de la justicia. Los términos de ‘justicia constitucional’ son para él totalmente contradictorios pues un tribunal constitucional no conoce jamás de conflictos jurídicos sino solamente de conflictos políticos de tal suerte que es en realidad una cámara política, y concluye que el defensor de la constitución no puede ser un tribunal constitucional, sino únicamente el Presidente de la república”. TOCORA, Fernando. Óp. cit. p. 49.

⁴³ NINO, Carlos Santiago. Óp. cit., p. 259.

⁴⁴ Ibíd. p. 258 – 260.

⁴⁵ Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Óp. cit., p. 225.

⁴⁶ Ibíd. p. 203.

presupuesta; la cual se puede asimilar a la Constitución.⁴⁷ Nino relaciona la exposición lógico - formal de la teoría kelseniana con la “lógica” de los argumentos expuestos por el juez Marshall en el caso Marbury vs Madison, que concluye que una norma que contrarié la Constitución no debe ser aplicada; pues, al menos en un sistema donde la Constitución sea reconocida como norma suprema, no sería una norma válida⁴⁸. Pero se presentarían ciertos problemas con esa exposición en los casos de las normas que aun contrariando los preceptos de la Constitución son consideradas normas válidas y de obligatorio cumplimiento, es decir una norma que solo es considerada como inválida en el momento que es declarada así mediante decisión judicial⁴⁹.

Para Nino esta confusión se fundamenta en el concepto de validez de Kelsen, quien la enfoca desde la dependencia de la declaración judicial o de la existencia de una clausula tacita en el pensamiento jurídico que acepta la obligatoriedad de una norma a pesar de su aparente contradicción de la norma superior. El hecho de que una norma no sea válida por no pertenecer a un sistema jurídico, no significa

⁴⁷ Aunque sea común asimilar la constitución a la norma fundamental, el planteamiento correcto al respecto, de acuerdo a la teoría de Kelsen, es afirmar que la norma fundamental no es una norma material, sino hipotética, de carácter lógico de donde surge la validez del sistema. Norma que verbigracia para el caso colombiano se resumiría en la premisa “debemos obedecer las normas del sistema colombiano”. “En ese sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser, designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico - jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior”. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Óp. cit., p. 206.

⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. Óp. cit., p. 261 – 262. “Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley. Premisa 2: cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra. Premisa 3: la constitución es la ley suprema y define cuando otras normas son ley. Premisa 4: la supremacía de la constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez. Premisa 5. Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura. Premisa 6. La legislatura está limitada por la constitución. Premisa 7: si una norma no es una ley válida, esta carece de fuerza obligatoria. Conclusión: si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.”

⁴⁹ Ibíd. p. 262 – 263.

que dicha norma no sea válida en el sentido de tener fuerza obligatoria, reconocida por cláusulas tácitas o reconocidas en la misma constitución.⁵⁰ En ese sentido concluye Nino que: “no es verdad que un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la Constitución. La revisión es necesaria, pero esta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema”⁵¹.

Enfatiza Nino que, La necesidad del control de constitucionalidad no tiene que ver con una necesidad lógica, sino con la concepción de derecho y de organización política.⁵² La preponderancia de una teoría democrática discursiva llevaría a contradecir la necesidad de un control judicial constitucional por su carácter poco democrático de conformación. Así, estima tres casos en los que el control constitucional judicial es necesario, teniendo que: “...esas excepciones incluyen la determinación de si la ley respeta los presupuestos del proceso democrático, la descalificación de las leyes fundadas en razones perfeccionistas y el examen de si la ley en cuestión afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable.”⁵³

Para Viturro, las posiciones respecto del carácter político o jurídico del control constitucional se resumen en 3 posiciones: a) la positivista, que proclama el sentido normativo de los sistemas jurídicos, cuyas principales características se centran en ser descriptivos y cerrados. Y su principal problema hermenéutico la indeterminación del lenguaje; b) los que pregonan tesis de respuestas correctas fundamentados en la existencia de principios de aplicación directa al caso

⁵⁰Ibíd. p. 264 – 269. Para Buligyn, Kelsen no distingue correctamente el concepto de validez: “un significado de ‘validez se refiere a la pertenencia de una norma al sistema jurídico, y el otro a la naturaleza obligatoria de la norma en cuestión.” Ibíd. p. 265.

⁵¹ Ibíd. p. 269.

⁵² Ibíd. p. 269 – 272.

⁵³ Ibíd. p. 292.

concreto y c) una posición escéptica que busca las tensiones políticas dentro del lenguaje jurídico y mostrar la inexistencia de la pretendida neutralidad valorativa⁵⁴.

El control constitucional no puede circunscribirse a una sola forma de control, bien sea político o jurisdiccional, puesto que no existe una forma pura de ese control, el derecho es una manifestación del Estado, el cual es una institución política y cualquier decisión en últimas adquiere tal sentido, bien se otorgue a un órgano aunque de naturaleza política crea normas como lo es el legislativo, o a un órgano jurisdiccional, en cuyo caso podrá ostentar la competencia un solo órgano o todos los funcionarios encargados de aplicar la norma. Hablándose de un carácter concentrado o difuso del control constitucional.

1.3 SISTEMAS DIFUSO Y CONCENTRADO

En el concepto de control de constitucionalidad se distingue tradicionalmente entre un modelo europeo y un modelo norteamericano o modelos concreto y difuso⁵⁵. Autores relievan la importancia de entender que la separación de modelos es de tipo conceptual, las sistematizaciones son múltiples y se fundamentan principalmente en diferencias de tipo procesal⁵⁶. En la actualidad, producto de la globalización jurídica, encontrar sistemas de control constitucional puros es muy difícil, si no imposible. Existe, según la funcionalidad de cada sistema, una especie de amalgama de los sistemas de control en diferentes sistemas jurídicos.⁵⁷ Sin embargo es pertinente exponer los sistemas más representativos del control constitucional, como lo son el difuso y el concentrado, para conocer sus características principales.

⁵⁴ VITURRO, Paula. Op.cit., p. 59-60.

⁵⁵ En el presente trabajo se usará predominantemente los términos de modelo difuso y concreto, según sea el caso para referirse a las dos formas representativas, más no excluyentes, del control constitucional.

⁵⁶ VITURRO, Paula. Op.cit., p. 24.

⁵⁷ CARNOTA, Walter F. La Mixtura del Control Constitucional Argentino. Buenos Aires: Revista de Derecho ISSN 1510 3714, 2006, p. 47 y 48.

1.3.1 Control Difuso. Conocido como de tradición norteamericana, tiene sus orígenes en el caso Madison contra Marbury⁵⁸ y en él se establece una teoría de la revisión judicial (*judicial review*) para las normas legales. Por medio de la *judicial review* se realiza un control judicial constitucional de los actos legislativos, como de los ejecutivos, para evitar que contraríen la constitución, sosteniéndose que una norma contraria a la constitución no constituye derecho. La revisión judicial es un control múltiple, de casos concretos y con efectos *inter partes*, por lo que solo puede ser aplicado a las partes del proceso.

Ahora bien el carácter de difuso del control se lo otorga a este modelo la multiplicidad de órganos o funcionarios competentes para ejercerlo. En el control difuso todos los jueces tienen la potestad de calificar la inconstitucionalidad de una norma de rango inferior dentro de un proceso concreto, por lo que la decisión tiene

⁵⁸ Como importante extracto del legendario fallo del juez John Marshall se transcriben las siguientes líneas que esbozan lo que más adelante se consolidaría como el modelo de control constitucional norteamericano: “Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbíbida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad... Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley?... Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. ...los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables”. CARBONELL, Miguel. Marbury vs Madison: En los Orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad. p. 294. Recuperado el 10 de octubre de 2011 de http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/303_314.pdf

efectos *inter partes*; es decir, la norma continua vigente dentro del ordenamiento y puede ser aplicada⁵⁹. Sin embargo el control difuso admite la existencia de un cierto grado de centralización del control, es decir no excluye la posibilidad de la existencia de un órgano que tenga como especialidad el control constitucional⁶⁰. Contra este tipo de control se ha alegado que atenta contra la seguridad jurídica del sistema, al permitir que los jueces diverjan en su opinión acerca de la aplicabilidad de una norma o no frente a determinados casos⁶¹. Si bien en el control difuso, hay competencia de todos los jueces, “solo puede proponerse por la vía prejudicial con ocasión de un litigio, y con efectos especiales que no afectan la ley en sí, sino su aplicación para el caso concreto”⁶².

Su evolución histórica a diferencia del sistema europeo no tiene como base la existencia de un Tribunal Constitucional especializado, sino que delega en los diferentes órganos o funcionarios que componen el poder judicial, la posibilidad de evaluar la constitucionalidad de una norma; en otras palabras en el sistema difuso la revisión judicial es compartida por todos. Sin embargo, no puede predicarse una especie de anarquía judicial, pues “queda en la Corte Suprema generalmente la pauta de esa definición (del precedente), bien por la vía del ‘*stare decisis*’ en los países del ‘*common law*’ o por la de una práctica inveterada de seguimiento de la jurisprudencia de sus Cortes Supremas en los países de América Latina que corresponden al modelo de ‘civil’”⁶³.

Ahora bien existe relación entre el sistema de control difuso y la figura de la excepción de inconstitucionalidad de las leyes y los demás actos de inferior

⁵⁹ GRANADOS FERREIRA, Jackeline. Definición de la regla hermenéutica en la inaplicación de la norma del plan obligatorio de salud por parte de los jueces de Bucaramanga para la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad en el periodo 2007 – 2008. Trabajo de Magister hermenéutica jurídica y derecho. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Maestría hermenéutica jurídica y derecho, 2009, p. 17.

⁶⁰ Ibíd. p. 15.

⁶¹ Ibíd. p. 16.

⁶² VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp., cit., p. 3.

⁶³ TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 64.

jerarquía, que prevé nuestro sistema jurídico. Se le toma así como un mecanismo de defensa propio del demandado, aunque esta pueda ejercerla de oficio el juez. En los estados Unidos dentro de los litigios particulares puede hacerse efectiva la excepción de inconstitucionalidad, así se diferencia “de la posibilidad de encaminar una acción pública contra la ley, según lo propicia el sistema europeo, y lo instauró el derecho colombiano de manera clara en la reforma constitucional de 1910”⁶⁴.

De otro lado, aunque el sistema de control difuso norteamericano se refiere al caso de la revisión judicial, un sistema difuso de control constitucional no excluye la posibilidad de su aplicación por parte de funcionarios sin competencia jurisdiccional⁶⁵.

La revisión judicial estadounidense no toca la ley; solo no es aplicada al caso en cuestión. La figura conocida como *stare decisis* refuerza la obligatoriedad de los precedentes verticales y horizontales, causando que en la práctica la norma inaplicada quede sin efectos, este es un ejemplo de acercamiento de los modelos difuso y concreto, pues la existencia de un órgano de cierre materializa el “instrumento jurídico del precedente como procedimiento de generalización de la pérdida de los efectos de la ley”⁶⁶. En acatamiento del precedente vertical una decisión de la Corte Suprema no aplicando una norma legal es equivalente a dejar sin efectos de manera general a la norma inaplicada. La tradición del precedente en el sistema jurídico de *common law*, basado en la regla del precedente y el principio de *stare decisis et quia non movere* se proyecta en las decisiones de los juicios particulares pudiéndose decir que los efectos equivalen a los *erga*

⁶⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp. cit., p. 5.

⁶⁵ Al respecto Jackeline Granados sostiene una posición contraria a la aplicación de un control difuso por parte de funcionarios no judiciales, en ese sentido la mencionada autora no puede admitir “hipótesis inconcebibles en la que además de los jueces, sean los funcionarios públicos quienes ejerzan el control, ya que el sistema jurídico se resquebrajaría, puesto que, sin llegar a exagerar, existe la posibilidad de que se rehúsen al cumplimiento de cualquier ley bajo el pretexto de considerarla inconstitucional”. GRANADOS FERREIRA, Jackeline. Óp. cit., p. 16.

⁶⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp., cit. p. 6.

omnes, lo que impediría que la norma inaplicada pueda aplicarse en otro caso⁶⁷. Sin embargo “mientras que del modelo norteamericano se predica que el efecto es especial en relación con las partes en el proceso, y de naturaleza declarativa, de certeza retroactiva, *ex tunc*; de la sentencia del sistema europeo se postula que tiene carácter constitutivo, que opera como anulación o ineficacia *ex nunc* que vale para el futuro pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional”⁶⁸

1.3.2 Control Concentrado. A diferencia del tipo de control anterior, en este, el control de constitucionalidad es ejercido por un solo órgano. Como lo expone Jackeline Granados:

“Es aquel en virtud del cual la guarda de integridad constitucional se centraliza en un órgano especializado que no siempre es jurisdiccional. En virtud de este control (sic) el órgano protector y especializado no ejerce sus facultades a instancias de cualquier litigante sino a solicitud de ciertos órganos permanentes o transitorios de la comunidad como un porcentaje determinado de miembros del poder legislativo; en este caso no se examinan nunca casos concretos, sino abstractos, de alcance general respecto de la validez constitucional de cualquier norma impugnada y por tal circunstancia una decisión adversa de validez cercena la totalidad de sus efectos, en este caso la decisión es de carácter derogatorio y vincula a la totalidad de los asociados”⁶⁹.

El control concentrado nace en Europa y se distinguen dos etapas en su historia: la primera en la época de entreguerras mundiales, iniciando con la constitución Austriaca de 1920. La segunda etapa se desarrolla en Europa luego de la segunda guerra mundial en las constituciones de Italia y Alemania, así como en España en la década del 70. Este sistema se ha extendido a la Europa del este en los antiguos países de la cortina de hierro y en los países llamados subdesarrollados

⁶⁷ Ibíd. p. 6- 7.

⁶⁸ Ibíd. p. 7.

⁶⁹ GRANADOS FERREIRA, Jackeline. Óp. cit., p. 18 y 19.

(nuestros países). En la España postfranquista se creó con ocasión de la constitución de 1978 el Tribunal Constitucional, así mismo, se creó el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, teniéndose que la decisión que cierra el recurso produce efectos *erga omnes*⁷⁰. En Colombia en 1991 la nueva constitución erigió a la Corte Constitucional como supremo garante de la constitución.

El modelo concentrado de control de constitucionalidad es ponderado por quienes sostienen que su ventaja es mantener la seguridad jurídica;⁷¹ en contraposición del modelo de control difuso y la posible “inseguridad jurídica” que podría generar. Una de las principales características del sistema son los efectos *erga omnes* que producen las decisiones de constitucionalidad o no del Tribunal Constitucional, que obligan su cumplimiento a todos los asociados. La segunda característica radica en que las leyes y normas con fuerza de ley son declaradas inexecutable, “ya sea que la impugnación se haga directamente u obedezca a un control oficioso, ya sea que se plantee la cuestión dentro de un proceso previo en el que se debata un asunto concreto de competencia de dichos tribunales o cortes.”⁷² La decisión del tribunal, de carácter constitutiva, rige hacia el futuro.

Como se ha manifestado, no existe un modelo puro, la importancia de su diferenciación radica en la posibilidad de establecer sus divergencias y convergencias, así puede decirse que si bien en el modelo difuso los funcionarios pueden revisar la constitucionalidad de una norma su decisión debe guardar congruencia con el precedente existente, el cual en la práctica significa la extensión de efectos que en primera medida se consideran *inter partes* y que dan un parte de tranquilidad en lo que atañe a la seguridad jurídica, cualidad que tanto se pondera del control concentrado. En Colombia desde la reforma de 1910, se

⁷⁰ Ibíd. p. 12.

⁷¹ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. 5ª Ed. Bogotá D.C.: Temis, s.f., p. 47.

⁷² Ibíd.

lleva una convivencia de los dos sistemas, que ha generado la particularidad del control constitucional del país.

1.4 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La expansión del sistema concentrado, como se ha dicho antes, lo ha llevado a establecerse en países de diferentes latitudes; verbigracia en Latinoamérica a países como Guatemala, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Producto de la asamblea constituyente de 1991 en Colombia se adoptó un tribunal constitucional especializado, ubicado dentro de la rama judicial del poder público. A pesar de ello, no se puede afirmar que el sistema de control constitucional de Colombia sea el concentrado⁷³. De otro lado, el modelo difuso también se ha extendido en el continente, por ejemplo en Argentina. Como hemos dicho, gracias a la globalización jurídica es difícil hablar de un sistema de control puro.

1.4.1 El modelo colombiano. Tanto en Colombia como en Venezuela a finales del siglo XIX se introdujo la acción pública de inconstitucionalidad “que mezcla a ese control difuso, un control concentrado de declaración general de inconstitucionalidad”⁷⁴. Se constituye un modelo de control mixto⁷⁵, que se cumple a través de tres mecanismos: a) control automático, b) control vía acción y c) control vía excepción.⁷⁶ Según el profesor Laureano Gómez, este sistema es conocido como *sistema integral y paralelo*. Le otorga a los ciudadanos una acción pública de impugnación de constitucionalidad en cabeza de un órgano

⁷³ Teniendo en cuenta las características del sistema de nuestro país y en especial la existencia de un instrumento como la excepción de constitucionalidad, el modelo colombiano encaja dentro de un modelo considerado mixto.

⁷⁴ TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 52.

⁷⁵ Humberto Sierra Porto inserta al sistema colombiano dentro de un modelo concentrado de control constitucional, en la medida en que no concede que del artículo cuarto de la C.P. se derive la existencia de la institución de la excepción de constitucionalidad. De acuerdo a este autor el deber del operario judicial reside en armonizar el principio de constitucionalidad con el de legalidad. Considerando la prescripción del artículo 4, meramente un principio de interpretación, mas no una norma que habilite la competencia constitucional en todos los operadores judiciales. SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 225 – 230.

⁷⁶ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 49.

especializado, “a través de acciones ciudadanas, control automático forzoso, mediante objeciones presidenciales, por tutela administrativa y por excepción de inconstitucionalidad”⁷⁷.

1.4.2 Evolución histórica del control constitucional en Colombia. La institución del control constitucional en Colombia aparece en la Constitución de Cundinamarca de 1811, con una naturaleza eminentemente política. Luego de un periodo de guerras civiles partidarias por la conformación del Estado, finalizando el siglo XIX se promulga la constitución de 1886, producto de la regeneración conservadora de Rafael Núñez, se abre paso un modelo presidencialista autocrático, que consecuentemente no admitiría control a sus decisiones. El acto legislativo numero 3 de 1910, incluyó diferentes modificaciones de corte liberal a la constitución vigente. Los artículos 40 y 41 consagraron los instrumentos pilares del control constitucional: la acción pública de constitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad, el tenor de los artículos rezaba:

“Artículo 40: En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicaran de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41: A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la Constitución. En consecuencia además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

⁷⁷ GOMEZ SERRANO, Laureano. El control constitucional en Colombia: evolución histórica. Bucaramanga: UNAB, 2001, p. 205.

Además, como se vio, consagraba el control previo de las leyes provocado por objeción constitucional. Se instaura, entonces, un sistema de control doble y simultaneo, el difuso representado por la excepción de inconstitucionalidad del artículo 40 y el control concentrado, con un tribunal central encargado de declarar la constitucionalidad o no de la norma legal impugnada por cualquier ciudadano o de un proyecto objetado por el presidente⁷⁸. El sistema generó posiciones contrarias, “se argumentaba que el modelo adoptado destruía la certeza del derecho, y permitía a los ciudadanos desobedecer la ley con el pretexto de ser esta inconstitucional, lo que conduciría la anarquía”⁷⁹.

En 1914 el acto legislativo reformativo de la Constitución rescata la figura del Consejo de Estado con doble función, órgano consultivo y supremo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa y la ley 167 de 1941 desarrolla el mencionado acto legislativo y le confiere al Consejo de Estado la guarda de la constitución con respecto de los decretos, resoluciones y actos de gobierno y demás autoridades, además de la guarda de la legalidad de los mencionados actos, creando la acción de nulidad simple y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De acuerdo con Gómez Serrano, el control constitucional del Consejo de Estado fue complementado al otorgársele la competencia sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el presidente cuando no fueran decretos ley o decretos legislativos. Se completa el sistema paralelo, unificado e integral, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por vía de acción o de excepción y con un control previo⁸⁰.

El control constitucional es reforzado en 1960 con el acto legislativo número uno que estableció una especie de control cruzado, es decir, legislativo y judicial frente a las atribuciones del ejecutivo en las declaratorias de estado de excepción. Ejercido el primero por el Congreso y el segundo por la Corte Suprema de

⁷⁸ Ibíd. p. 128.

⁷⁹ Ibíd. p. 129.

⁸⁰ Ibíd. p. 130-131.

Justicia⁸¹. Con una nueva reforma en 1968 se complemento el objeto de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

“1. Cinco decretos con fuerza legislativa, a saber: los del estado de sitio, los de emergencia económica, los de autorizaciones especiales para empréstitos y enajenaciones, los de facultades extraordinarias *pro tempore*, los de legislación automáticas sobre planes y programas de desarrollo económico y social.

2. La totalidad de las leyes expedidas por el congreso.

3. La totalidad de los proyectos de ley, objetados por el ejecutivo como inconstitucionales, tanto por vicios de formas como de fondo”⁸².

Durante el periodo de control ejercido por la Corte Suprema de Justicia, esta manejó doctrinas restrictivas del control constitucional, lo que en cierta forma llevo a desnaturalizar la característica de la acción pública de inconstitucionalidad, en especial al darle un manejo excesivamente lógico asimilándola al recurso de casación; así la Corte constituyo una doctrina de ineptitud de la demanda. Aunado a esto la Corte ante los estados de sitio forjó una posición que la sustrajo de defender las decisiones constitucionales entendiendo que la declaratoria de los estados de excepción era una competencia del Presidente de la República⁸³.

1.4.3 El control de constitucionalidad en la constitución de 1991. Luego de intentos de reformas constitucionales⁸⁴, así como los vaivenes sociales sufridos por el país en la década de los ochenta, se inició un movimiento ciudadano tendiente a conseguir la modificación de la constitución a través de una asamblea constituyente, lo que a la postre generó la constitución actual. Si bien durante la constitución del 86 la guarda fue confiada a la Corte Suprema de Justicia, y

⁸¹ Ibíd. p. 135-137.

⁸² Ibíd. p. 138.

⁸³ Ibíd. p. 146-157

⁸⁴ Durante los gobiernos de López Michelsen y Turbay Ayala.

aunque estaba integrada por una sala constitucional, puede decirse, que esta no era una Corte especializada solo en la jurisdicción constitucional. Con la Constitución de 1991 se quiso adoptar el modelo europeo de un tribunal constitucional especializado y se creó la Corte Constitucional. El naciente tribunal debería tener un carácter integral y multidisciplinario al ser integrado por magistrados de diferentes especialidades del derecho. El Consejo de Estado mantuvo el control judicial de los decretos presidenciales que no fueran competencia de la Corte y a los instrumentos de control colombiano se unen la acción de tutela, de cumplimiento y las acciones populares. En este punto podría decirse que:

“Se erige entonces, en el ámbito jurídico contemporáneo, el tribunal constitucional en garante y protector de la Constitución, adquiere una posición privilegiada sobre los demás poderes, asume la función de establecer límites de contención a los poderes constituidos, determina el ámbito de competencia del Estado frente a la sociedad y sirve de garante de los derechos fundamentales, en especial los de las minorías, frente a sus posibles restricciones realizadas por el legislativo”⁸⁵.

Con la creación de la Corte Constitucional además de la tradición de control colombiano y con el tratamiento que ella le ha otorgado a los efectos de sus sentencias, no es descabellado afirmar que se encamina el sistema de la revisión judicial norteamericana⁸⁶ afincado en un régimen de precedentes jurisprudenciales verticales y horizontales. Aunque por la naturaleza misma del tribunal las sentencias que en cuanto al control abstracto profiere tienen una fuerza vinculante para todos los asociados, el sistema de precedentes es importante para el control concreto constitucional vía acción de tutela⁸⁷.

⁸⁵ GOMEZ SERRANO, Laureano. Óp. cit., p. 206

⁸⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp. cit., p. 20

⁸⁷ En nuestra opinión, si bien la acción pública de constitucionalidad ha permitido avances importantes en el campo de los derechos fundamentales, es la acción de tutela y la revisión que de ellas hace la corte el mecanismo que permite un dinamismo permanente en dicho campo, debido a

El sistema colombiano de control de constitucionalidad se conforma por un control central en la Corte Constitucional, posterior o previo, bien sea a través de la acción pública de constitucionalidad, el control de los decretos legislativos con motivo de la declaratoria de un estado de excepción o en razón de la objeción alegada por el presidente; compartido con el Consejo de Estado en materia de decretos ejecutivos del presidente. Además de un sistema de control difuso cimentado en la excepción de constitucionalidad y en la acción de tutela. La amalgama existente en el sistema de control constitucional colombiano se representa claramente en instituciones como la acción de constitucionalidad, la revisión automática y la excepción de constitucionalidad, expresiones de los controles *a posteriori*, *a priori* y difuso.

1.4.4 Acción pública de inconstitucionalidad. Considerado como un aporte de América latina al derecho constitucional. Como se anotó, “en 1811, la Constitución de la provincia de Cundinamarca autoriza una acción directa y pública contra todo acto jurídico que atente contra la Constitución, aunque iba dirigida no a un órgano jurisdiccional sino político, el senado de Censura”⁸⁸.

Consagrada con ocasión del acto legislativo numero 3 de 1910, en el artículo 41, radicaba su competencia en la Corte Suprema de Justicia y se le otorgaba la facultad a los ciudadanos de acusar la inconstitucionalidad de las leyes y decretos. En la actualidad el artículo 40 de la vigente Constitución en el inciso 6 consagra, entre los derechos de los ciudadanos de participar en la conformación, ejercicio y control político, el derecho de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley. Claro queda que la titularidad de la acción pública de inconstitucionalidad a los ciudadanos de Colombia. “Por esta razón se considera como una acción pública, además de tener en cuenta que ella se ejerce en interés

su estudio profundo del caso concreto y no solo de hipótesis legales. Por ello la importancia de un sistema de precedentes.

⁸⁸ TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 132.

de todos, interés que no es otro que el de la guarda de la integridad del orden jurídico, en el que descansa el orden y la seguridad jurídica de los individuos”⁸⁹. El ciudadano no se encuentra obligado a demostrar interés privado en la declaración de inconstitucionalidad del acto cuya constitucionalidad se cuestiona.

Esta institución del derecho colombiano es ponderada por su carácter democrático, primero asegura su uso por todos los ciudadanos y les permite impetrarla en defensa de los intereses colectivos, como lo es la supremacía de la Constitución. La existencia de la acción pública de inconstitucionalidad promueve la realización de una democracia deliberativa. “Dentro de la perspectiva de una profundización de la democracia, a través de mayores mecanismos de participación, la acción popular de inconstitucionalidad, viene a ser una posición de avanzada jurídica que Colombia debe ostentar con orgullo en el panorama internacional”⁹⁰.

En este punto, de acuerdo con Alviar García, se puede definir a la acción pública de inconstitucionalidad como un derecho político concedido por la Constitución a todos los ciudadanos para acusar ante la Corte constitucional, como violatorias de la constitución, normas legales, con el fin de que la Corte mediante una sentencia con efectos *erga omnes* decida sobre la exclusión o permanencia de la norma en el sistema jurídico⁹¹. En los casos de control por vicios de procedimiento la acción de inconstitucionalidad caduca luego de transcurrido un año después de la última publicación en el diario oficial; mientras que tratándose de normas acusadas por vicios materiales o sustanciales, la acción no caduca⁹².

⁸⁹ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 58.

⁹⁰ TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 133.

⁹¹ ALVIAR GARCIA, Helena. Uso y Límites de la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia. Teoría Constitucional y Políticas Públicas - Bases Críticas para una Discusión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 480 - 481.

⁹² Ibíd.

Por vía de acción la Corte Constitucional tiene como objeto los consagrados por la constitución en su artículo 241. Dentro de la letra del mencionado artículo se encuentra delimitado su marco de acción. De acuerdo al artículo, por intermedio de la acción pública de inconstitucionalidad la Corte conoce de la constitucionalidad de los actos de reforma a la Constitución en cuanto a vicios de procedimiento y formación; las leyes, materialmente y por vicios de procedimiento en la formación; los decretos leyes expedidos por el presidente, por las mismas causas que las leyes; y, los decretos con fuerza de ley, según el artículo 341 inciso tercero.⁹³ Como toda acción esta también presenta requisitos para incoarla, sin embargo los requisitos exigidos son sustancialmente sencillos en comparación con una acción particular, por su naturaleza pública. El ciudadano al ejercer la acción de inconstitucionalidad deberá referir en su demanda su objeto, el concepto de la violación y la razón de la competencia de la Corte⁹⁴; la propia corte ha definido los criterios para el estudio de la demanda interpuesta contra una norma por inconstitucional, dichos requisitos han ido “endureciéndose”⁹⁵.

Como se ha manifestado el sistema central de control constitucional en Colombia es compartido. Por ello el estudio de constitucionalidad de algunos actos no es susceptible de ser avocado por la Corte Constitucional ante una demanda de inconstitucionalidad. En esa categoría encontramos los actos que por merced del numeral 2 del artículo 237 fueron radicados en cabeza del Consejo de Estado⁹⁶.

⁹³ Artículo 241 de la Constitución Política, numerales 1, 4 y 5.

⁹⁴ “Las demandas de inconstitucionalidad de los actos sujetos a dicha acción pública se deben presentar ante la Corte Constitucional por escrito, en duplicado, y deberán contener lo siguiente: 1) El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2) El señalamiento de las normas o textos constitucionales que se consideren infringidos; 3) Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, y 5) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda” En: PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 63.

⁹⁵ ALVIAR GARCIA, Helena. Óp. cit., p. 482. Expone la autora que consecuencia de ello se ha observado un aumento en el número de fallos inhibitorios.

⁹⁶ Artículo 237 Constitución Política. Son atribuciones del Consejo de estado: ...2.conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Aunque no existe un órgano que ejerza “control” sobre la Corte Constitucional, autores enfatizan que, no es correcto asegurar que esta no tiene límites. El radio de acción de la Corte ha sido limitado por la misma Constitución. La competencia de la Corte se encuentra regulada por el artículo 241 de la Constitución; tal es la posición de Juan Carlos Esguerra, para quien “si se mira con cuidado el artículo 241 de la Constitución, resulta fácil percibir que él va mucho más allá del acto de encargarle a la Corte la elevada misión de la guarda de la Constitución y de atribuirle unas ciertas competencias con ese fin. El incorporará adicionalmente, con inocultable celo, tanto la definición taxativa de esas competencias, como el señalamiento pormenorizado de los rasgos de cada una de ellas”⁹⁷.

Tres características son pregonables de la acción pública de inconstitucionalidad: i) Entre las funciones de esta acción se resalta la de servir como un freno o contrapeso entre las ramas del poder estatal, al ser una instancia de control de las decisiones del gobierno y del legislativo; ii) provoca efectivamente el control constitucional dentro del sistema jurídico colombiano, y iii) es un medio de protección concreto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁹⁸.

1.4.5 La revisión automática de la Corte Constitucional. Así como existe un control posterior de las normas legales, en el sistema colombiano existe y ha existido un examen automático y previo de las normas de diferentes clases de actos de carácter legal, así lo establece la Constitución en el artículo 241 numerales 2, 7, 8 y 10. Consagrándose las revisiones previas respecto de la Constitucionalidad de la convocatoria de un referendo o Asamblea Constituyente con el fin de reformar la Constitución, esto por vicios de procedimiento en su formación. Así mismo, debe decidir sobre la constitucionalidad de los decretos

⁹⁷ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Justicia y el Principio de Separación del Poder en la Tradición Histórica Colombiana. En: Justicia Constitucional: El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá D.C.: Legis, s.f., p. 82.

⁹⁸ ALVIAR GARCIA, Helena. Óp. cit., p. 495 – 496.

legislativos del Presidente al declararse el Estado excepción, Estado de conmoción interna, Estado de guerra y Estado de emergencia económica, social y ecológica, también debe decidir la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República, así como de los proyectos de leyes estatutarias. El otro objeto del control automático se encuentra en los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, en ese caso la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción deberá decidir acerca de la constitucionalidad.

El control automático de los actos mencionados se enmarca dentro del tipo de control conocido como preventivo, que puede llevarse a cabo antes de la promulgación de la ley o después de ella, hablándose de un control *a priori* y un control posterior. Por lo general este tipo de controles se ejercen en el proceso legislativo en la búsqueda de evitar que una ley contraria a la norma constitucional adquiera vigencia.⁹⁹ En Colombia el control preventivo se realiza antes de la sanción presidencial y la promulgación de la ley. En un régimen presidencialista es por lo general el ejecutivo, quien llamado por el principio de separación, equilibrio y control y en defensa de la superioridad constitucional puede provocar el control constitucional y no sancionar la norma. El conflicto provocado por el ejecutivo es resuelto por un órgano judicial, en ese sentido el control preventivo “sigue siendo un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, por cuanto es finalmente un cuerpo jurisdiccional el que decide quién, si el ejecutivo o el legislativo, tiene la razón en el punto de la constitucionalidad”¹⁰⁰. La característica diferenciadora de este tipo de control radica en el papel del ejecutivo, en cuya cabeza queda la facultad de provocarlo.

Y es precisamente ese papel del ejecutivo lo que lo diferencia del control *a priori*, porque su esencia es la misma, el objetivo es evitar que una norma que viole la

⁹⁹ TOCORA, Fernando. Óp. cit., p. 58.

¹⁰⁰ Ibíd. p. 59.

constitución adquiriera vigencia. Como todo control al margen de un juicio concreto es un control abstracto. En Francia el sistema adoptado restringe la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de un proyecto a contadas autoridades de la rama ejecutiva y legislativa¹⁰¹.

Al control constitucional realizado sobre una norma vigente se le conoce como posterior; este es el sistema seguido con más frecuencia en los diferentes sistemas jurídicos. El principal problema de este sistema está en los vacíos legislativos y en los efectos que puede acarrear una ley inconstitucional. Pese a esas observaciones el control posterior es reconocido como el control más acorde a un sistema democrático. El control a priori es un control que se confunde con la actividad legislativa¹⁰², además la posibilidad de provocarlo es restringida a ciertas autoridades que en cierta medida, puede alegarse, satisface en menor medida una idea de democracia participativa, ponderándose el concepto de democracia representativa:

“La participación ciudadana es fundamental para las dos funciones que cumple la revisión constitucional: pensar el control constitucional como automático para todo tipo de normas debilitaría la participación ciudadana y terminaría haciendo prevalecer un modelo más enfocado en la resolución de conflictos entre ramas (con argumentos de índole preferentemente formal), por encima de un modelo enfocado en la protección de los derechos fundamentales (con argumentos de índole principalmente material)”¹⁰³.

Respecto del examen de un tratado internacional priman motivos de forma, es una revisión laxa, si se puede aceptar esa expresión, lo que revela una tendencia proteccionista del derecho internacional. Siguiendo a Pérez Escobar, durante el

¹⁰¹ Ibíd. El presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la asamblea nacional, presidente del senado y un número mínimo de 60 senadores o 60 diputados, son los llamados a provocar el control de constitucionalidad.

¹⁰² Ibíd. p. 61.

¹⁰³ ALVIAR GARCIA, Helena. Óp. cit., p. 493.

periodo de control ejercido por la Corte Suprema de Justicia esta desarrolló tres tesis respecto del control de los tratados internacionales. La primera desarrollada entre 1914 y 1985 planteó la incompetencia absoluta por ser leyes que aprueban tratados públicos, los cuales no podrían quedar condicionados por la decisión de una de las partes; una segunda tesis de competencia temporal, desarrollada en 1985, la Corte Suprema de Justicia era competente para juzgar la constitucionalidad de las leyes que aprobaran los tratados mientras no se realizara el canje de ratificaciones o el depósito de instrumentos públicos, etapa luego de la cual el acto jurídico generaba efectos. La última tesis contempló en 1986 la plena competencia de la Corte por vicios de forma¹⁰⁴.

La influencia democrática puede relacionarse con los niveles de laxitud de este tipo de control automático, y la resolución de conflictos entre ramas (modelo francés) y la protección de derechos (modelo americano).¹⁰⁵ El examen de las leyes estatutarias, aunque de carácter automático, es más riguroso que el de tratados internacionales. Las leyes estatutarias, consagradas en el artículo 152 de la Constitución, desarrollan los derechos y deberes fundamentales, la administración de justicia, régimen de partidos, movimientos políticos, estatuto de la oposición, mecanismos de participación ciudadana, estados de excepción y la igualdad electoral de los candidatos a la Presidencia de la República, temas fundamentales que generan controversia y diferentes posiciones dentro del debate público.

La posición de Helena García Alviar, respaldada por un examen extenso de las sentencias de la Corte Constitucional durante diferentes periodos de operación, se resume en el papel determinante de la intervención ciudadana en la mayor o menor rigurosidad del control automático. El control automático de leyes estatutarias es un control más riguroso por la influencia de la opinión ciudadana y

¹⁰⁴ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 51 – 54.

¹⁰⁵ *Ibíd.* p. 485 – 491.

la rigurosidad del examen de constitucionalidad crece proporcionalmente según la mayor cantidad de intervenciones ciudadanas¹⁰⁶.

El sistema de control colombiano ha evolucionado a través de una historia de reformas constitucionales complementado en la Constitución de 1991. Entre sus elementos se pueden señalar las acciones populares, de grupo, de cumplimiento y de tutela; el control ejercido por el Consejo de Estado y especialmente la acción pública de constitucionalidad, la revisión automática de la Corte Constitucional y la excepción de constitucionalidad, las cuales representan el “mestizaje” del control constitucional colombiano, donde convergen sistemas de control posterior, *a priori* y difuso. Es la excepción de constitucionalidad, quizás la menos desarrollada, pero a la postre de especial importancia por representar el principio de supremacía de la Constitución en el sistema jurídico.

1.5 EXCEPCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Paralela a la acción pública de inconstitucionalidad se implementa en el sistema jurídico colombiano otro instrumento de control constitucional: la excepción de inconstitucionalidad. Se fundamenta en la máxima de superioridad de la Constitución contenida en el artículo 4 de la Carta. La implementación de este instrumento alcanzó su regulación constitucional en la reforma constitucional de 1910. Tradicionalmente la excepción de constitucionalidad ha sido considerada como un instrumento complementario del sistema de control constitucional colombiano. Es un mecanismo de control y la existencia de la excepción de inconstitucionalidad corresponde a la posición de la Constitución como norma de normas o norma matriz¹⁰⁷. La que debe aplicarse preferentemente frente a cualquier otra norma de menor jerarquía que le sea contraria.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 485 – 493.

¹⁰⁷ ORTEGA MONTERO, Carlos Rodolfo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C.: s.n., 2002. p. 165 a 166.

Para Estrada Vélez, el termino excepción no representa su naturaleza, pues la regla siempre debe ser la prevalencia de la Constitución. El instrumento implica “que cualquier juez, en virtud de su facultad jurisdiccional, puede establecer si el contenido o el procedimiento que siguió una ley es contrario a la Constitución, y cuando llegue a esta conclusión debe dejar de aplicar la ley, considerada por él como inconstitucional, al caso concreto”¹⁰⁸.

1.5.1 Fundamento. Durante la mencionada reforma de 1910, el establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad se encontraba enmarcado dentro de una gran carga de formalidad. La excepción de inconstitucionalidad, establece la materialización del control constitucional, resumido en el principio de preferencia de la norma constitucional sobre la legal en caso de presentarse incompatibilidad entre ellas¹⁰⁹.

Actualmente el fundamento jurídico del control de constitucionalidad vía excepción se deriva principalmente del artículo 4 de la C.P. empero, la consagración de la Constitución como norma de normas se puede encontrar en otras disposiciones constitucionales como los artículos 6, 192, 198, 241, 305 y 315¹¹⁰. Esta característica del sistema jurídico colombiano lo ubica dentro de los sistemas de control mixto de constitucionalidad, incluso considerado como un sistema constitucional de control difuso o múltiple, al poder ser ejercido por más de un órgano o funcionarios¹¹¹. Siendo innegable que las sentencias de la corte

¹⁰⁸ SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 218.

¹⁰⁹ Rezaba la norma prevista por la reforma constitucional de 1910: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. En la actualidad ese principio está consagrado por la constitución de 1991 en su artículo 4, del siguiente tenor: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

¹¹⁰ ZUÑIGA BLANCO, Gilberto Augusto. Excepción de Inconstitucionalidad y la Excepción de Ilegalidad en Colombia. En: Revista de derecho. Universidad del Norte. s.f. Volumen 1, Numero 16, p. 271.

¹¹¹ HIDRÓN, Javier Henao. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. 11ª Ed. Bogotá D.C.: Temis, 1998, p. 134.

constitucional colombiana tienen un efecto de vinculación de las autoridades judiciales y de corrección de jurisprudencia.

La variedad de medios para ejercer el control constitucional, es decir la acción, la excepción de inconstitucionalidad, el control previo de los tratados y la revisión automática de actos y actuaciones, constituyen el sistema de control constitucional. Más allá de que autores consideren que el dualismo existente entre la acción y la excepción de inconstitucionalidad resulte o no perjudicial a una línea unitaria de interpretación, este sistema garantiza la eficacia de los derechos, deberes, obligaciones y principios consagrados por la Constitución de 1991.¹¹² Entonces, el control de inconstitucionalidad se convierte en el principal instrumento para garantizar la eficacia de los derechos consagrados constitucionalmente, otorgando una forma de aplicación directa de la norma constitucional.

1.5.2 Concepto. La figura de control constitucional por medio de la excepción de inconstitucionalidad permite a quien deba aplicar la ley inaplicarla cuando detecte que la norma presenta incompatibilidad con la Constitución, sin necesidad de provocar el control de la Corte Constitucional.

El carácter de la excepción de inconstitucionalidad puede considerarse incidental; se activa dentro del proceso judicial, donde una de las partes debe alegarla, a lo que el juez deberá decidir si inaplicarla o no, favoreciendo o no a la parte que la alegó. Los efectos jurídicos de la decisión se describen como *inter partes*; por ende, la ley conserva sus efectos generales. La supremacía de la Carta se refuerza, con el artículo 91 de la Constitución, al prescribir que el agente que aplique (ejecute) una norma violatoria de la Constitución no queda eximido de las consecuencias que genere. De igual forma el artículo 123 de la Carta, establece la jerarquía normativa, al circunscribir su actividad de acuerdo a lo que prevea la Constitución, la ley y el reglamento.

¹¹² Ibíd. p. 144.

Como características de la excepción de constitucionalidad se debe analizar: i) quienes tienen competencia para inaplicar una norma, ii) que normas se pueden aplicar y iii) el procedimiento. Respecto este último, debe anotarse que por la naturaleza de la institución no está atada a uno específico, pero puede predicarse que se ejerce a petición de parte o de oficio. La parte que la alegue deberá expresar cuales son los argumentos jurídicos para considerar la inaplicación de la norma por trasgredir la Constitución¹¹³.

1.5.2.1 Sujetos de la excepción. La competencia para inaplicar una norma legal que choque con la norma constitucional genera las posiciones de exclusividad de los funcionarios judiciales o la inexistencia de tal exclusividad. La jurisprudencia se ha manifestado en diversas formas respecto del instrumento que es la excepción de inconstitucionalidad; Henao Hidrón parafraseando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, muestra la posición de exclusividad de la competencia sobre la excepción de inconstitucionalidad en los jueces: “en sentencia de 3 de noviembre de 1981(la Corte Suprema de Justicia) definió la excepción de inconstitucionalidad como el fenómeno en virtud del cual ‘el juzgador tiene capacidad jurídica para dejar de aplicar en el caso concreto una norma legal cuando se considere que es violatoria de la constitución y ella no ha sido aun declarada inexecutable por la autoridad competente”¹¹⁴.

La Corte Constitucional ha sostenido que la competencia de la excepción de constitucionalidad radica en los funcionarios judiciales. En sentencia T-006 de 1994 el tribunal Constitucional conceptualiza la excepción de inconstitucionalidad de la siguiente forma:

¹¹³ ESTRADA VELEZ. Sergio Iván. Óp. cit., p. 105-106.

¹¹⁴ Ibíd. p. 145.

“2. La excepción de inconstitucionalidad radica en la capacidad jurídica que tienen los jueces para declarar la inaplicación de una norma legal a un caso concreto, en el evento en que ésta sea incompatible con la Constitución y no haya sido declarada inexecutable. La excepción de inconstitucionalidad difiere de la acción de inconstitucionalidad en los siguientes aspectos:

”a) La acción de inconstitucionalidad puede ser ejercida por cualquier persona y el fallo produce efectos generales. La excepción sólo puede solicitarla el interesado dentro del litigio y sus efectos son individuales.

”b) Mientras que la acción de inconstitucionalidad es competencia de la Corte Constitucional, la excepción puede ser conocida por los tribunales ordinarios”¹¹⁵.

La norma puede ser inaplicada bien en sede judicial o por cualquier funcionario del Estado.¹¹⁶ Posición que compartimos si se tiene en cuenta la excepción como principio protector de los derechos fundamentales y asegurador de la primacía de la Constitución. Siendo una obligación de todo servidor público hacer prevalecer la Constitución.

1.5.2.2 Objeto de la excepción.¹¹⁷ El objeto es toda norma legal, en fin cualquier norma inferior a la Constitución. El control vía excepción de inconstitucionalidad ha merecido críticas por parte de sectores de la doctrina, en los que se expone que además de la determinación de los funcionarios facultados para hacerlo y el tipo de normas que se pueden inaplicar por excepción, se encuentra el aparente choque con la seguridad jurídica que los administrados esperan del sistema. En relación con la sensación de inseguridad jurídica que pueda derivarse de la inaplicación de una norma vía excepción de inconstitucionalidad, concluyen doctrinantes que: “ni la muy defendida seguridad jurídica debe prevalecer sobre

¹¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹⁶ ESTRADA VELEZ, Sergio Iván. Óp. cit., p. 105-106.

¹¹⁷ Ibíd.

los derechos inherentes a la persona que pueden verse lesionados por la aplicación de una norma jurídica a un caso determinado”¹¹⁸.

Señalan, también, que la excepción de inconstitucionalidad atenta contra el principio de igualdad, es decir que por vía¹¹⁹ de dicha excepción una norma puede aplicarse a una persona y a otra no. Ante tal posibilidad, la excepción de inconstitucionalidad de ninguna forma puede ser un ejercicio arbitrario, en tanto el funcionario debe argumentar su decisión de por qué se aparta de la aplicación de la norma, además de que el derecho de igualdad presupone criterios de diferenciación¹²⁰.

A pesar de que la excepción de constitucionalidad ha permanecido en el sistema colombiano de igual forma que la acción pública de inconstitucionalidad, la primera no ha sido desarrollada con la misma intensidad de la segunda. Este sistema nace de la forma de control difuso norteamericana expuesta supra; por lo que las características de aquella se pueden relacionar a la excepción de inconstitucionalidad, es decir, genera efectos para las partes y la necesidad de ser planteada dentro de un juicio.

Sin embargo, posiciones, a juicio nuestro, radicales afirman que del artículo cuarto de la Constitución no es correcto concluir que se permita la inaplicación de la norma legal mediante la excepción de inconstitucionalidad, pues la competencia exclusiva para juzgar la constitucionalidad de una norma legal es solo de la Corte.¹²¹ Argumento que no compartimos, pues en el artículo cuarto se establece un principio de supremacía de la Constitución que debe ser regla en las decisiones de los funcionarios públicos.

¹¹⁸ BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. Óp. cit., p. 273.

¹¹⁹ Ibíd. p. 274.

¹²⁰ Ibíd.

¹²¹ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 70

1.5.2.3 Contenido de la ley. La inaplicación de la ley supone el ataque al fundamento del Estado de Derecho.¹²² La posición de la ley por debajo de la Constitución la condiciona a producirse en cumplimiento de ella, “la ley está sujeta a límites materiales, en tanto es una norma que no debe contradecir lo preceptuado en la Constitución, y a límites formales, porque su forma de manifestación se debe adecuar a las reglas de producción normativa que la misma ha establecido.”¹²³

Así, tanto las normas producidas directamente por el legislativo, como las demás normas con fuerza de ley, tal como los decretos ley, se sitúan en un rango infraconstitucional, estando por encima de los demás actos de producción del derecho. Como una fuente primaria del derecho, la ley cumple una “función creadora del derecho dentro del marco constitucional (...) las autoridades u órganos constitucionales no pueden en forma alguna crear derecho en el sentido de incidir en los derechos y deberes de los ciudadanos, si no existe una ley que fundamente su actuación”¹²⁴.

El contenido de la ley es amplio, mas no absoluto, debe ceñirse a los principios y derechos consagrados constitucionalmente, sin que se pierda la libertad de configuración de la misma y su pretensión de creación y fuente de derecho. Su principal límite lo encontramos en los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, los que el legislador, en busca de su garantía, armoniza y pondera, para el disfrute de los mismos en forma general.¹²⁵

¹²² Kelsen define al Estado de derecho como: “Un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho y para la libertad individual de los sujetos sometidos al derecho”. KELSEN, Hans. ¿Qué es la teoría pura del derecho? Óp. cit., p. 36.

¹²³ SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 188.

¹²⁴ Ibíd. 192 - 193.

¹²⁵ Ibíd. p. 193 - 200.

El que una ley desborde sus límites, la hace inaplicable; se ha afirmado que la violación legal de la Constitución debe ser ostensible, abrupta que no permita elaborar elucubraciones demasiado sofisticadas, es decir, la violación de la Constitución se encontraría dentro del texto de la norma, por lo que el funcionario encargado de inaplicar la norma debería descubrirla *prima facie*¹²⁶. No compartimos, y en eso se está de acuerdo con Estrada Vélez,¹²⁷ el circunscribir la excepción de constitucionalidad a un análisis gramatical de la norma aplicable al caso concreto y la Constitución. Por ello el fallador debe basar su estudio de inconstitucionalidad respecto los alcances que en ese caso concreto tenga la norma y si sus efectos transgreden o no la Constitución.

Sin embargo tal situación debe ser objeto de un estudio del operador jurídico, sobre quien recae con gran peso, la carga argumentativa y de análisis de razonabilidad de la norma en su aplicación al caso concreto.

1.5.3 Test de razonabilidad. La Corte Constitucional ha aplicado diversos métodos para el análisis de inconstitucionalidad de una norma por violación a los diversos principios consagrados en la Constitución, en especial a violaciones al principio de igualdad. Al referirse al test de razonabilidad la Corte ha identificado la graduación del mismo y según la materia en estudio, en test leve, estricto e intermedio, por lo que antes de analizar la constitucionalidad de una norma se debe primero establecer el tipo de intensidad aplicable al test de razonabilidad al que debe someterse la norma¹²⁸.

El sentido del test de razonabilidad es explicitado por la Corte manifestando que “el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1

¹²⁶ Ibid. p. 72-73

¹²⁷ VELEZ ESTRADA, Sergio Iván. Óp. cit., p. 103-104.

¹²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 673 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional¹²⁹.

El mencionado test se compone de un análisis compuesto por una estructura de tres fases en las que se ubican a) el fin de la medida, b) el medio escogido por el legislador y c) la relación entre medio y fin. Las tres fases son identificadas por Robert Alexy como subprincipios del principio de proporcionalidad; idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹³⁰. Lo que se analiza con el test es el fin perseguido por la norma, su legitimidad y justificación, así mismo que los medios buscados para la obtención del fin tengan una relación de proporcionalidad; por lo que una justificación razonable y objetiva se considera en relación con el objetivo buscado y los efectos de la norma sometida al test. Antes de seguir avanzando es importante analizar las relaciones de conceptos asociados al test de razonabilidad.

1.5.3.1 Razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.¹³¹ El concepto de racionalidad hace referencia a la obligación de satisfacer ciertos parámetros, sobre todo en el campo judicial, las cuales le sirven de guía para el análisis de sus decisiones. Bernal Pulido, establece ciertos criterios para considerar una decisión como racional: a) claridad y consistencia conceptual en sus argumentos, es decir que sean entendidos por a quien se dirigen y que sean unívocos, no ambiguos. b) Consistencia normativa, un argumento aplicado a una misma situación es más

¹²⁹ Ibíd.

¹³⁰ ALEXY, Robert. La Construcción de los Derechos Fundamentales. Buenos Aires: Ad- hoc, 2010, p. 24.

¹³¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 62-72.

racional entre mas obtenga los mismos resultados. c) Saturación, el argumento debe ser completo. d) Respeto por las cargas de argumentación. e) Consistencia y coherencia argumentativa.

La proporcionalidad define el grado de legitimidad de una decisión que intervenga un derecho. En ese sentido la intervención en el derecho debe conseguir un fin legítimo (idoneidad); debe conllevar a mayores prerrogativas que restricciones (necesidad) y los sacrificios ocasionados deben ser compensados mediante las prerrogativas obtenidas (proporcionalidad en sentido estricto). De otro lado, la razonabilidad presenta una relación inversa a la arbitrariedad. Una decisión razonable tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada; por ende no es arbitraria¹³².

Para el autor, los criterios de racionalidad guían la argumentación constitucional, al hacer uso del test de proporcionalidad, dentro del cual criterios como el de saturación y la coherencia obligan al fallador a agotar exhaustivamente todos los argumentos, normativos, interpretativos y empíricos, así como ajustarse a precedentes de sus decisiones u órganos jerárquicos de haberlos¹³³. La intensidad del test como ya se ha dicho depende de la materia que se estudia, y según la jurisprudencia constitucional colombiana se circunscriben a establecer la legitimidad de la medida y que el medio sea adecuado (test leve), la importancia de la medida y su conducencia efectiva (test intermedio) y la imperiosidad de la medida y el carácter necesario del medio (test estricto)¹³⁴.

Antes de analizar la norma a la luz del test de razonabilidad es necesario establecer su intensidad, la Corte ha establecido casos en que es aplicable bien sea el test leve, intermedio o estricto, sin ser a juicio propio una camisa de fuerza. Por lo que ha establecido, por lo general, la aplicación de un test leve al estudio de

¹³² Ibid. p. 69-70.

¹³³ Ibid. p. 72.

¹³⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

la constitucionalidad de normas de contenido económico, tributarias o política internacional, así también ha propendido por la aplicación de un test leve a normas por cuyas medidas se encuentre de por medio una competencia específica definida por la constitución en cabeza de un órgano constitucional, cuando se analiza una norma preconstitucional derogada que surte efectos en el presente y cuando del contexto de la norma demandada no se aprecia una amenaza al derecho en cuestión¹³⁵.

Si la medida puede afectar el goce de un derecho, aunque no sea constitucional o cuando se entrevea posible arbitrariedad que se refleje en la afectación de la libre competencia, se estará ante la aplicación de un test de intensidad intermedia.¹³⁶ Ante la existencia de una clasificación sospechosa de discriminación, o una medida que caiga en personas marginadas, o diferencie entre grupos restringiendo un derecho constitucional y las medidas que creen privilegios, se requerirá de un test estricto¹³⁷. El funcionario judicial que se aparte de una norma, basado en afectación a los derechos o los principios constitucionales debe cumplir con una carga argumentativa fuerte y la determinación de si la norma es o no aplicable al caso concreto debe llevarse a cabo por medio de un procedimiento racional, como lo es el llamado test de razonabilidad.

Con lo anteriormente expuesto podría alegarse que la diversidad de criterios con los que se afronta el estudio de un caso concreto y la norma aplicable atentarían contra la seguridad jurídica del sistema, pero un sistema de precedentes judiciales e incluso la costumbre de acatamiento de la jurisprudencia de las altas cortes, aminora esta posibilidad.

1.5.4 Precedente constitucional. Bernal Pulido identifica, como precedente constitucional a la decisión de la sentencia y la razón de ella. La primera, es decir

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

el *decisum*, es el fallo del caso concreto, su alcance es general. La *ratio decidendi*, en cambio, se encuentra en la parte considerativa, y con ella se formula la regla que fundamenta la decisión judicial. Se identifica con la *ratio iuris*, por lo cual es de obligatorio seguimiento para los jueces. Hace parte del precedente. Debe tenerse en cuenta que el precedente se haya condicionado a los mismos supuestos de hecho.¹³⁸ Por ello, López Medina, concluye que identificar cada artículo de la Constitución con un derecho específico no es posible, pues en muchos casos las líneas jurisprudenciales de formación de los derechos se unen en un punto para luego dividirse. Construyéndose en un nivel medio de abstracción teniendo en cuenta el escenario.¹³⁹

La figura de la excepción de constitucionalidad no ha representado una fuente de conflictos o choques entre las altas Cortes y los jueces. Este fenómeno es causado por la independencia en la toma de decisiones por los jueces y la no necesidad de remitir a la Corte Constitucional el proceso donde se propuso la excepción.¹⁴⁰ Esta posición se resume en las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional respecto de los casos de excepción de inconstitucionalidad:

1) La autonomía de los jueces en la toma de decisión respecto de la inconstitucionalidad de una norma vía de excepción. Siempre que no exista cosa juzgada constitucional¹⁴¹.

¹³⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. Óp. cit., p. 176-180.

¹³⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá D.C.: Legis. 2009. p. 147-153.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ, Mauricio. La Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial: La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. 2009. p. 151.

¹⁴¹ “Es claro que, si no ha habido una definición *erga omnes* por el tribunal competente (la Corte Constitucional o el Consejo de Estado) y el juez no encuentra fundada la inaplicación como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad, habrá de declarar que el incumplimiento se configuró y deberá impartir la orden que haga efectivo el mandato inobservado, con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias. A tal punto que si, habiendo hallado fundada la inaplicación en el caso examinado, se produce después una sentencia *erga omnes* en sentido contrario, ésta prevalece y, respaldada por el tribunal competente la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de

2) El que la excepción de inconstitucionalidad se aplique con efectos *inter partes* y al caso concreto, además de que no afecte la validez de la norma inaplicada, no significa invasión de la competencia del Tribunal Constitucional (sea Corte Constitucional o Consejo de Estado, según el caso), en los casos en que con posterioridad la norma inaplicada se encuentre ajustada a la Constitución.

3) Para la Corte la excepción de constitucionalidad es un deber del juez y de los tribunales quienes deben actuar en pro de la defensa de la norma de normas; pero en caso de sentencias de tutela y de acciones de amparo los jueces tienen una obligación específica como protectores y garantizadores de los derechos y principios constitucionales. Es como a los jueces en procesos ordinarios se les exige la defensa de la Constitución vía excepción de constitucionalidad, en tanto es una obligación de los funcionarios públicos; y a los jueces de procesos constitucionales como una obligación específica.¹⁴² En nuestra opinión, la obligación de defensa de la Constitución es exigida igualmente a los funcionarios judiciales mas allá de si actúen como juez de amparo o no.

Contra la excepción de constitucionalidad se han alegado las dificultades de su aplicación y la integridad de los principios de igualdad y seguridad jurídica. La ley goza de una presunción especial de validez, por lo que “es obligatoria desde el momento en que comienza su vigencia hasta que es derogada por una ley posterior o declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.”¹⁴³ Los jueces están regidos por la ley y su validez, que supone su obligatoria observancia, para ello existe un control de legalidad que radica en cabeza de los jueces; por lo que para garantizar la jerarquía de las normas del sistema, es posible que un juez

nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴² MARTÍNEZ, Mauricio. Óp. cit., p. 153.

¹⁴³ SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 214.

inaplique una norma o la declare nula (Jurisdicción Contenciosa Administrativa) cuando contraríen las normas de rango superior, en lo referente a normas infralegales¹⁴⁴.

Sería, entonces, la Corte Constitucional de acuerdo a la competencia establecida en el artículo 241 de la C.P., el único órgano capaz de rechazar una ley cuando está no se adecue a la Constitución; pero no supone esta situación un control concentrado. La interpretación de la Constitución recae en cabeza de la Corte Constitucional, lo que somete a los demás funcionarios, en especial a los jueces, a las sentencias que por objeto del control constitucional emitan, bien cuando la Corte despoja de la validez a la ley o la condiciona, limitando su sentido al que la propia Corte define como constitucional¹⁴⁵.

Diversos modos de protección del precedente constitucional ha utilizado la Corte Constitucional, en especial tres instrumentos si seguimos a Bernal Pulido: i) la reiteración de la jurisprudencia; ii) la tutela contra las decisiones judiciales; iii) la anulación de sentencias de tutela cuando desconocen sus precedentes o sentencias de exequibilidad; y iv) la excepción de constitucionalidad¹⁴⁶.

Considerando la presunción de validez de la ley y la interpretación de la misma en cabeza de la Corte, la figura de la excepción de inconstitucionalidad presenta un problema no despreciable para el sistema jurídico colombiano¹⁴⁷, pues, como se mencionó *supra* uno de los principales ataques a este instrumento es su falta de

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 215.

¹⁴⁵ *Ibíd.* p. 216 – 217.

¹⁴⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *Óp. cit.*, p. 188.

¹⁴⁷ Como alternativa a ella, autores abogan por la implementación de la figura de la cuestión de constitucionalidad, propia del sistema de control concentrado, consistente en facultar al juez que ante la hipótesis de la existencia de una norma legal, aplicable a un caso concreto, contradictoria al precepto constitucional, se interroga directamente al Tribunal Constitucional acerca de la aplicabilidad o no de la norma en cuestión al caso concreto. SIERRA PORTO, Humberto. *Óp. cit.*, p. 231 – 234.

fundamento constitucional por, según algunos autores¹⁴⁸, estar basado en una errónea interpretación del artículo 4 de la Constitución Política.

Como se expuso, al referirnos a la historia del control constitucional colombiano, este control surge de la reforma de 1910, consagrada junto a la acción de constitucionalidad en los artículos 215 y 214 de la Constitución de 1886, respectivamente, dentro del título de la jurisdicción constitucional, posición que no ocupa dentro del título correspondiente en la actual Constitución. Para Sierra Porto, la excepción de inconstitucionalidad infringe “las normas constitucionales que fundamentan la presunción de validez de la ley, se atenta contra el correcto entendimiento del principio de legalidad, implica una quiebra importante del principio de seguridad jurídica que postula el Estado de derecho y, por su carácter disperso, es una grave amenaza al principio de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley”¹⁴⁹.

1.5.5 El precedente y los efectos de la excepción de constitucionalidad. El sistema del *judicial review* de efectos *inter partes* en el que se ubica el control constitucional vía excepción, se asegura con la cultura del precedente que, de acuerdo a Jaime Vidal Perdomo, en la práctica paraliza los efectos de una norma inaplicada al existir un órgano de cierre, que para el caso americano es la Suprema Corte de Justicia Federal.¹⁵⁰ En ese punto existe un acercamiento entre los sistemas de control concentrado y difuso, los cuales coexisten en nuestro sistema. Pues como se ha dicho en la práctica una norma inaplicada por el máximo tribunal, será inaplicada por los tribunales y jueces en acatamiento de la jurisprudencia. Al respecto la Corte Constitucional al inaplicar una norma dentro de

¹⁴⁸ Tal posición puede verse en: PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Óp. cit., p. 70 y SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 218 – 235.

¹⁴⁹ SIERRA PORTO, Humberto. Óp. cit., p. 221.

¹⁵⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. Óp. cit., p. 6.

las sentencias de tutela le otorga los mismos efectos para casos similares a tal decisión, lo que se conoce como efectos *inter pares*¹⁵¹.

Consideró la Corte que la generalización de los efectos *inter partes* en lo que respecta a la excepción de inconstitucionalidad, generaba una limitación en la garantía de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución; por ello consideró:

“Necesario indicar que cuando en la parte resolutive de sus providencias decide inaplicar una norma y aplicar de manera preferente un precepto constitucional, la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes, es decir *inter pares*, cuando se presentan de manera simultánea las siguientes condiciones: a) Que la excepción de inconstitucionalidad resulte de la simple comparación de la norma inferior con la Constitución, de la cual surja una violación, no sólo palmaria, sino inmediata y directa de una norma constitucional específica... b) Que la norma constitucional violada, según la interpretación sentada por la Corte Constitucional, defina de manera clara la regla jurídica que debe ser aplicada... c) Que la inconstitucionalidad pueda ser apreciada claramente, sin que sea necesario sopesar los hechos particulares del caso y, por lo tanto, la inconstitucionalidad no dependa de tales hechos... d) Que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida por la Constitución de una responsabilidad especial, como es el caso de la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales... e) Que la decisión haya sido adoptada por la Sala Plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella.¹⁵² Lo que significa que ‘la excepción de inconstitucionalidad, y por lo tanto la inaplicación de la norma tenía efectos *inter pares*, es decir, no sólo cobijaba el caso específico, sino que se extendía a

¹⁵¹ Colombia. Corte Constitucional. Auto de febrero 27 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵² *Ibíd.*

todos los casos semejantes 'para asegurar la efectividad del principio de supremacía constitucional'^{153 154}

En materia de control constitucional la *ratio decidendi* de las sentencias de la corte tienen un efecto *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte en materia de revisión de tutelas ha sido declarada por ella como trascendente a los hechos causantes de la decisión judicial, por lo que son base y pauta para la interpretación de la Constitución. Tanto así que los jueces que pretendan apartarse de ella asumen la carga argumentativa so pena de infringir el principio de igualdad.^{155 156} Caso en el cual la excepción de

¹⁵³ JULIO ESTRADA, Alexei. Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución Colombiana de 1991. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 155.

¹⁵⁴ Como se ha manifestado el sistema colombiano de control constitucional es mixto y la presencia de un órgano como máxima autoridad interpretativa de la Constitución asegura el derecho de igualdad en materia de protección de derechos fundamentales.

¹⁵⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op.cit., p. 57 - 60.

¹⁵⁶ Con las leyes 1395 de 2010, cuyo objeto es la descongestión judicial, y la 1437 de 2011 por la cual se expide el nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en las cuales se implementan distintas medidas que buscan fortalecer el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. En el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 se estableció como regla para las entidades encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en las mencionadas materias se hubiera proferido en casos análogos en 5 o más fallos. Llevando un paso más allá la doctrina probable antes establecida, para efectos de fallos judiciales y haciéndola obligatoria para las respuestas a las solicitudes que la administración debe proferir. En cuanto a la ley 1437 de 2011, con la unificación y extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado se propende por la protección de los derechos de las personas, los cuales no incumben solamente a los jueces, sino también a la administración. Así, en el artículo 10 de la mencionada norma en primer lugar, se prescribe la obligación de las autoridades de atenerse a las normas jurídicas vigentes; y, en segundo lugar, la obligación de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Se otorga la posibilidad al usuario de solicitar la extensión de los efectos de la jurisprudencia en casos iguales al suyo, con la sola mención de la sentencia. Ahora bien la solicitud de extensión de la jurisprudencia deberá ser resuelta positivamente, a menos de que: i) el solicitante no sea titular del derecho, ii) el caso no sea igual o iii) aun teniendo el derecho y el caso sea igual, la administración considere que la jurisprudencia del Consejo de Estado no sea correcta. Último caso en el que el peticionario cuenta con el término de 30 días para acudir ante el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, el cual decidirá si debe o no extenderse la jurisprudencia. La prescripción a las entidades públicas de cualquier orden de tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria o contenciosa administrativa en los casos previstos por el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, así como la medida de hacer extensiva la jurisprudencia del Consejo de Estado, al momento de expedir un acto administrativo o responder una petición, es una medida tendiente a obtener la descongestión de la justicia al darle un carácter obligatorio a la jurisprudencia ordinaria y

constitucionalidad se erige como un mecanismo idóneo para ejercer el control del precedente constitucional.¹⁵⁷

A manera de conclusión podemos exponer que la excepción de constitucionalidad significa el medio a través del cual puede el operador jurídico inaplicar normas respecto del caso concreto que se encuentre en estudio y siempre que los efectos de una norma resulten indeseables, contrariando normas, derechos o principios consagrados en la Constitución. La contradicción a la Constitución, no debe limitarse a un análisis gramatical, pues resulta insuficiente en muchos casos, sino que implica un análisis del grado de injerencia de la aplicación de la norma en el derecho del ciudadano, el cual debe ser determinado por el operador jurídico mediante un procedimiento de interpretación, estableciendo la proporcionalidad de los efectos y por ende la razonabilidad de la inaplicación de la norma respecto del asunto concreto.

contencioso administrativa a los encargados de la resolución de tales situaciones. Y en ese sentido lo manifestó la Corte Constitucional en reciente fallo de constitucionalidad mediante sentencia C-539 de 2011, en la que declaró exequible las disposiciones del artículo 114 de la ley 1395 de 2010, bajo el entendido de que los precedentes judiciales a los que se refiere la norma deben respetar la interpretación que de manera vinculante profiere la Corte Constitucional en sus fallos de constitucionalidad y en las sentencias de unificación de derechos fundamentales.

¹⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. Óp. cit., p. 189.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL COLOMBIANO

Para profundizar en el estudio de los principios laborales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Colombiana, como mandatos de optimización y verdaderos criterios de inaplicación de la norma laboral, analizaremos en primer lugar las manifestaciones del derecho laboral dentro del articulado de la Constitución, para luego ocuparnos de la concepción de Alexy respecto de los principios, el modelo de un mandato de optimización y el método de ponderación como método de solución de enfrentamientos entre principios. En ese punto nos ocuparemos de cada uno de ellos, identificando sus características y problemática, apoyándonos en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, siguiendo de cerca, aunque no estrictamente, la clasificación propuesta por Jaramillo¹⁵⁸, por ser la más cercana, en nuestro entender, del artículo 53 de la Constitución, pero enfatizando en las situaciones en que se denota la relación de los principios y opiniones de otros doctrinantes.

2.1 EI DERECHO LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN

El constitucionalismo en su permanente evolución integra nuevas formas al modelo de Estado de Derecho, llevándolo a su forma de Estado Social de Derecho, que abarca todas las formas de manifestación del derecho. La promulgación de la Constitución de 1991 generó transformaciones de suma importancia, en especial en el campo del derecho laboral colombiano, que pasa de ser tímidamente tratado por la Constitución de 1886, a desarrollar una serie de principios y derechos. Como veremos, dichos principios poseen un carácter especial para la formación de normas legales, así como también constituyen verdaderas normas para la interpretación de las relaciones laborales. La

¹⁵⁸ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Constitución Política se constituye en el principal instrumento garante de las relaciones laborales y la protección que en adelante se deba establecer para el trabajador. Para Francisco Rafael Ostau de La Font de León: “ésta (la Constitución) se convierte en el marco jurídico en que operan los derechos laborales y, dentro de ellos, la obligación del estado social de derecho de brindar protección al trabajo humano”¹⁵⁹. La Constitución irradia, tanto de validez como de legitimidad al derecho laboral (y las demás ramas del derecho), en la medida que teje un entramado de principios y derechos fundamentales.

La transformación desde la Constitución de 1991 implica un proceso, en cierta forma, invasor de las normas constitucionales que impregnan el ordenamiento jurídico colombiano, lo que lleva a un condicionamiento de las relaciones contractuales del derecho laboral, las decisiones judiciales y demás manifestaciones del derecho del trabajo. Las manifestaciones del constitucionalismo dentro de las relaciones entre obrero y patrono, tienen como desarrollo diferentes tipos de normas regulatorias oponibles al Estado y a los patronos. Verbigracia, la dignidad humana como principio rector conduce a la prohibición de cualquier forma de trabajo que constituya relaciones de servidumbre o de esclavitud; el artículo 17 de la Constitución Colombiana así lo prescribe.

Desde el artículo 25 de la Constitución, el derecho laboral es concebido como un derecho y un deber u obligación social. El estado ampara el derecho al trabajo, dentro de los principios constitutivos del Estado Social de Derecho entre ellos el principio de la dignidad humana. Con dicho principio, la carga de justicia implica que las relaciones obrero patronales tendrán que ser tratadas desde otra óptica. Consecuentemente las personas en estados de minusvalía tienen el derecho a

¹⁵⁹ OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael. El Discurso Paternalista en la Formación de la Norma Laboral: Construcción Histórica. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 297.

que el Estado les garantice la posibilidad de laborar en trabajos acordes a su discapacidad o condición de salud.

Varias normas se encargan de regular o direccionar las bases de lo que debería ser el derecho laboral constitucional. Por ejemplo, el artículo 26, garantiza el derecho a la libre escogencia de profesión; la libertad de asociación y de formación de sindicatos se encuentra como norma constitucional en los artículos 38 y 39 respectivamente. Con dichas normas instituciones como el fuero sindical, la constitución de sindicatos, entre otras alcanzan un rango constitucional y se otorga a los depositarios de dichos derechos la exigencia directa de su cumplimiento. “De esta manera ha ido evolucionando el derecho de asociación hasta nuestros días, en particular el derecho de asociación sindical, que disfruta de una amplia y completa protección. Actualmente estos derechos son reconocidos y protegidos no solo en el plano nacional sino también en el internacional; normas que han sido incluidas por Colombia en su denominado ‘Bloque de Constitucionalidad’¹⁶⁰ .

El artículo 55 garantiza el derecho de negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales, aunque con las excepciones que establezca la ley. El derecho de negociación colectiva surge como una oposición a las tendencias autoritarias de imposición de las relaciones laborales mediante la ley, desarrollándose dentro de los cambios democráticos y de participación social. En cuanto de ello, algunos autores consideran que la protección ejercida por la Constitución y específicamente el tribunal constitucional tiene como principal consecuencia la reducción de la acción del movimiento sindical. Así, “la consecuencia de incorporar el discurso constitucional del derecho laboral, es un paternalismo jurídico, en procura de defender los derechos fundamentales del

¹⁶⁰ SEGRERA AYALA, Yira y TORRES MARENCO, Verónica. Alcances del derecho de asociación en Colombia a partir de los fallos de la Corte Constitucional Colombiana con base en la influencia de los organismos internacionales sobre la materia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. s.f., 2J. 171-212, p. 176.

trabajador, contenidos en la nueva Constitución, que protege y defiende los derechos fundamentales de los trabajadores, supliendo el vacío dejado por las leyes en atención oportuna de aquellos intereses inmediatos y personales de la fuerza laboral. Pero, al mismo tiempo, causa un efecto negativo que reduce la acción sindical y, en últimas, lleva a la desmovilización, por cuanto la organización sindical ya no cumple esa función protectora, que ahora es desempeñada por la Corte Constitucional, que se encarga de aplicar los principios del derecho laboral contemplados en la constitución en una forma paternal jurídica”¹⁶¹.

Refleja esa posición la consecuencia de un derecho colombiano nuevo, donde los jueces no solo subsumen los hechos a las normas, sino que la rama jurisdiccional¹⁶² como garante de la Constitución ejerce, en cierta forma contrapesos en las demás ramas del poder público al garantizar la eficacia de las disposiciones contenidas en la Constitución Política. La eficacia de los principios constitutivos del derecho laboral depende de los controles de constitucionalidad que de las normas hagan los jueces de la república.

De otro lado, el derecho a la seguridad social se encuentra ligado al trabajo, consagrado de tal forma por el artículo 48 de la Constitución. La capacitación, preparación y educación de los trabajadores recae como obligación en los empleadores y en forma amplia el Estado.

Como vemos, la evolución constitucional del derecho laboral colombiano genera un armazón de principios que de una forma no taxativa se encargan de direccionar las relaciones obrero-patronales, como se ha dicho tanto en la creación de normas como en su interpretación. La muestra por excelencia de tal afirmación se encuentra en el artículo 53 de la carta política. Dicho artículo prescribe al órgano

¹⁶¹ OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael. Óp. cit., p. 297.

¹⁶² Se refiere la Rama jurisdiccional como totalidad y no solo a la Corte Constitucional, puesto que en Colombia el sistema de control de constitucionalidad es mixto y no está concentrado en un solo órgano, sino desconcentrado en todos los jueces debido a la excepción de inconstitucionalidad.

legislativo el condicionamiento de la expedición de un estatuto del trabajo, bajo ciertos principios. El mencionado artículo dispone precisamente que en la elaboración del estatuto laboral el Congreso debe tener como guía los principios mínimos fundamentales de: la interpretación más favorable al trabajador, es decir el principio in dubio pro operario; principio de la condición más provechosa en caso de la coexistencia de preceptos laborales; el principio de la irrenunciabilidad de los derechos; continuidad de la relación laboral; principio del contrato realidad y La enunciación del salario como mínimo vital y móvil como remuneración justa o proporcional a la calidad y cantidad de trabajo.

La consagración de los principios laborales constitucionalmente presupone la existencia de un estado proteccionista del trabajador, para evitar que las cargas en el derecho laboral sean de un extremo favorecimiento al patrono, la eficacia que las decisiones judiciales puedan darle a los mencionados principios, garantiza la existencia de ese Estado Social, así como la materialización de la Constitución, abandonando la concepción programática que de ella se tenía. Por ello, la naturaleza del derecho laboral como derecho público, de cumplimiento obligatorio e irrenunciable para las partes se concretiza en el entramado de derechos y principios constitucionales de orden laboral y su desarrollo eficaz.

Las convenciones y tratados internacionales de materia laboral se integran al bloque de constitucionalidad y a la legislación interna de Colombia. Las normas o tratados internacionales que disponen medidas en un sentido deben superponerse sobre las normas internas que los contraríen. Sin embargo la posición de la Corte sostiene que los tratados internacionales no pueden sobreponerse a la Constitución Nacional¹⁶³. Más allá de si tal posición puede afectar la eficacia de los

¹⁶³ “La solución se halla en un monismo moderado, y en la integración dinámica entre el derecho internacional y el interno en el marco de la constitución política. Es jurisprudencia reiterada de la Corte que la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la carta es inaplicable y a pesar de que la norma *pacta sunt servanda* hace parte de nuestro ordenamiento, no puede afectar la supremacía de la Constitución”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez caballero.

principios y derechos desarrollados en la Constitución Colombiana y de la responsabilidad internacional que le competa al Estado por la no observación de los tratados que suscribe, para algunos autores no es clara la posición que se tiene dentro del país en cuanto a la precedencia de la norma internacional o la nacional en los casos de antinomias entre Tratados Internacionales y la norma interna.¹⁶⁴ A tal pregunta Ostau De La Font responde, que de acuerdo a la disposición del artículo 93 de la Constitución, “las convenciones internacionales sobre derechos humanos (precisamente los convenios sobre el mundo del trabajo son convenios sobre derechos humanos) se tendrán en cuenta para interpretar los deberes y derechos consagrados en la constitución. En fin, si se presenta esta contradicción entre un convenio ratificado y una norma, prevalecería el convenio internacional ratificado. Podría decirse que deroga la norma interna y nuestro país está en la obligación de aplicar el convenio internacional”.^{165 y 166}

La evolución constitucional de los principios del derecho laboral se traduce en la consagración en la carta política de principios y derechos, que han sido desarrollados, en gran medida, por la jurisprudencia constitucional, desde cuya mirada las instituciones de derecho laboral adquieren un nuevo alcance. En ese sentido, es importante abordar el concepto de principio para posteriormente analizar de manera individual los consagrados por la Constitución colombiana en materia del derecho del trabajo.

2.2 PRINCIPIOS

En la doctrina contemporánea se distinguen diferentes conceptos dentro de la teoría jurídica, entre ellos los valores y los principios jurídicos. Ello enmarcándose

¹⁶⁴ OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael. Óp. cit., p. 306.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Sin embargo la posición imperante hasta el momento es la del monismo moderado y dinámico de la Corte Constitucional, que a nuestro juicio puede representar una disminución en la eficacia de las normas constitucionales consagradas como principios, derechos u obligaciones.

dentro de la determinación de la esencia de la norma jurídica. Fundamentos de la organización del Estado se encuentran en las diferentes manifestaciones de fuentes de la norma, tales como la costumbre, las reglas, la jurisprudencia, los valores y principios, por lo que no basta circunscribir el derecho a un conjunto de proposiciones que permiten, proscriben o prescriben conductas específicas, con la correspondiente atribución de una consecuencia. Y en gran parte, se debe ello a la crisis de esa concepción, con principal fundamento en el holocausto, debiéndose integrar a la definición los principios y valores innegables en un sistema jurídico¹⁶⁷; en especial en las constituciones de la post guerra, teniendo como principal causa un nuevo giro en la hermenéutica jurídica y la interpretación judicial.

2.2.1 Principios como mandatos de optimización. Basar el derecho exclusivamente en una fuente, condujo a negar otras de gran importancia como los principios y valores. Considerados verdaderas normas con un contenido abierto y abstracto guían la producción e interpretación de las demás normas, así los valores son normas que precisan fines, agotándose su enunciado jurídico en la simple declaración de ellos, por lo que carecen de estructura jurídica interna; los principios, por otra parte, son más precisos y tienen una estructura jurídica interior. Considerándose reglas jurídicas condensadas, por contener un número de reglas deónticas¹⁶⁸.

La principal distinción entre las reglas y principios se encuentra en el campo lógico aplicándose las normas como disyuntivas: “si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que

¹⁶⁷ Al respecto, “parece obvio que las connotaciones emotivas de la palabra ‘derecho’ se deben a que los fenómenos jurídicos están estrechamente relacionados con valores morales, en especial el de la justicia (la gente tiende a asumir actitudes emocionales toda vez que hay cuestiones morales en juego). Siendo esto así, una amplia corriente de pensamiento siempre ha supuesto o propugnado que la relación entre derecho y la moral debe necesariamente reflejarse en el concepto de derecho.” NINO, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 16.

¹⁶⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución y Valores del Ordenamiento. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García De Enterría, Tomo I. Madrid: Civitas, 1991, p. 124 a 126.

da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”¹⁶⁹. En segundo lugar los principios no establecen las condiciones necesarias para su aplicación¹⁷⁰. Los principios y valores son preceptos meta jurídicos que guían la interpretación, encuadran el alcance o la aplicación de las demás normas jurídicas jerárquicamente inferiores. Cumplen un papel de fundamentación de las argumentos que cimentan la toma de decisiones judiciales, que a la postre, puede decirse, adoptan una norma nueva¹⁷¹. En general representan un papel cimentador de la organización jurídica.

Alexy sostiene que los principios son normas¹⁷² que contienen un mandato de optimización, cuya característica es:

“El hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas’. En cambio, ‘las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no’. Por ende, ‘si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos’. Por lo que, ‘las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia es cualitativa y no de grado. Toda norma o es o bien una regla o un principio”¹⁷³.

Los principios, no son solo proposiciones que apunten a un fin, a algo deseable por todos, además contienen un derecho, mandato, permisos o proscripciones, es otras palabras, bajo la forma de prescripciones jurídicas generales, establecen un deber (o deberes) más específicos, estableciendo un marco de interpretación tanto

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 74.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 75 – 76.

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 80.

¹⁷² “Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.141.

¹⁷³ *Ibíd.* p. 86 y 87.

para quien produce la ley, como para quien aplica la norma (legal o constitucional)¹⁷⁴.

La diferencia entre principio y valor no solo radica en la naturaleza deontológica del primero y axiológica del otro, sino en su aplicación y por ende eficacia. Así, de los valores jurídicos constitucionalizados dirigen los fines deseados al creador de la norma. Pero los principios, como normas de optimización, con una forma jurídica más desarrollada, enmarcan el actuar del legislador y del funcionario judicial¹⁷⁵.

A modo de conclusión, de las diferentes definiciones traídas a colación, respecto de los principios y las reglas jurídicas se extraen las principales características de cada una. De las reglas debe anotarse: i) que su contenido está dirigido a todos los administrados, por lo que es indefinido y general; ii) se componen de un supuesto factico del cual deriva una consecuencia de efectos jurídicos; iii) son proposiciones que proscriben, permiten o mandan una conducta y iv) se aplican por medio del silogismo y la subsunción. En ella se establece una premisa mayor, una premisa menor y la conclusión. La premisa mayor será la norma general, en la

¹⁷⁴ Respecto de las reglas contenidas en un principio cabe anotar que Alexy al estudiar la forma de los derechos fundamentales plantea, con gran acierto, la necesidad de establecer en los derechos subjetivos la distinción entre la norma y posición, estableciendo las normas, o mejor los derechos, como relaciones. Al considerar a las normas como cualificaciones de personas o acciones, define a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones de tipo triádico. Así la forma de un derecho subjetivo será la siguiente:

Dabc ↔ Obac

Es un derecho subjetivo que implica una relación de equivalencia entre derecho y obligación, es decir a la relación de una persona o personas respecto de algo frente a otra u otras personas, quienes a su vez tendrían una obligación respecto de aquellos o aquella persona. En otras palabras lógicamente, un derecho es interdefinible con una obligación. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Óp. cit., p. 155 – 156.

¹⁷⁵ Habermas comparte la definición de los principios como verdaderos postulados deontológicos, por lo que se encuentran en el mundo jurídico. Sin embargo enfatiza en el hecho de considerar un principio como un mandato de optimización implica la pérdida de su validez. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Trotta, 1998, p. 278-279.

premisa menor el hecho jurídico concreto y de las dos premisas resulta la conclusión, que será “el juicio de deber ser concreto”¹⁷⁶.

Respecto de los principios, la Corte¹⁷⁷ ha manifestado que: i) contienen un deber ser específico establecen un espacio de discrecionalidad en la producción de la norma y su aplicación; ii) refieren la organización política del Estado y de las relaciones de este con la sociedad; iii) no son simples proyecciones jurídicas para el futuro, sino que contienen normas actuales; y, iv) son criterios de interpretación de naturaleza normativa obligatorios de la Constitución, pues hacen parte ella. Y aunque cuentan con una eficacia directa, su estructura general ocasiona en la solución de casos concretos que pueda necesitarse de otra norma para la argumentación de la decisión.

Aunque los principios se diferencian de los valores, por no ser estos de aplicación directa y ubicarse dentro del campo axiológico, no es correcto entenderlos solo como un programa de buenas intenciones sin repercusiones jurídicas, pues ellos permean las relaciones del estado y la sociedad y aunque no directamente pueden guiar la interpretación del funcionario judicial. Ello al i) tener una consagración explícita o no, ii) ser fundamento de la organización estatal; iii) en cuanto a los medios escogidos por el legislador para realizarlos, este cuenta con una libertad de configuración.

2.2.2 Conflictos de los mandatos de optimización y otras normas. Como se ha expuesto la diferenciación de la naturaleza jurídica propia de cada una de las diferentes normas, se hace ostensible en diferentes casos concretos que impliquen choques entre reglas y principios. En caso de conflicto de reglas “sólo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos

¹⁷⁶ KLUG, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Bogotá D.C.: Temis, 2004, p. 61.

¹⁷⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

reglas o si se declara la invalidez de una de ellas”¹⁷⁸. Depende la solución de una cláusula de exclusión o la invalidación de la otra norma¹⁷⁹ dada por formulas que prescriben la derogación de la norma anterior por la posterior, la general por la específica y la inferior por la superior en jerarquía¹⁸⁰.

En tratándose de colisión de principios el procedimiento de subsunción no es el aplicable, en su lugar se hace uso de la ponderación de los principios; en ese caso “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción’. Pues ‘más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro’, y ‘bajo otras circunstancias, la cuestión de la procedencia puede ser solucionado de manera inversa”.¹⁸¹ Esto sucede debido a la dimensión propia de los principios, el peso o importancia: “... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. Óp. cit., p. 88.

¹⁷⁹ “Si se da un conflicto entre dos normas una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de la cual es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes.” DWORKIN, Ronald. Óp. cit., p. 78.

¹⁸⁰ La ley 153 de 1887 establece en sus artículos primero a tercero:

“Artículo primero. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, ú ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

“Artículo segundo. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

“Artículo tercero. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Óp. cit., p. 88.

preguntar qué importancia o que peso tiene.”¹⁸² Así, la ponderación será el método de solución de colisión o interferencia entre mandatos de optimización. En otras palabras “la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Por esta razón la ponderación es la forma específica de aplicación del principio”¹⁸³.

La ponderación como el silogismo, sirve para establecer la precedencia condicionada entre los principios enfrentados, para luego establecer cuál determinará la solución. La ponderación se basa en la inexistencia de resoluciones de precedencia absolutas entre principios, sino de relaciones de precedencia condicionada. Es decir, no hay una jerarquización de principios. Tales relaciones condicionadas entre principios que colisionan, se establecen a través del método de la ponderación y sus tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

2.2.2.1 Ley de la ponderación. Según la cual “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁸⁴. En otras palabras la no satisfacción de un principio solo es justificada en la medida en que el otro principio se satisfaga. “La ley de la ponderación muestra que la ponderación puede dividirse en tres pasos o escalones. En el primer escalón se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A este sigue, en el siguiente escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, se determina, en el tercer nivel, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio”¹⁸⁵.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. Óp. cit., p. 77–78.

¹⁸³ ALEXY, Robert. La Construcción de Derechos Fundamentales. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 20.

¹⁸⁴ Ibíd. p. 30.

¹⁸⁵ Ibíd.

Se ha hablado de la dimensión del peso de los principios, de carácter relativo, pues un principio no determina su peso, sino que por el contrario, lo condicionan las circunstancias concretas de un caso. Según la intensidad de afectación de un principio se califica en leve, media o grave; lo mismo puede pregonarse con respecto a las razones expuestas para calificar la afectación.¹⁸⁶ Sin embargo la intensidad de afectación del mandato de optimización en un caso concreto no es una variable con la que exclusivamente se determine si es justificable la afectación del primer principio por la satisfacción del otro. Como otra variable aparece el peso abstracto que puede ser mayor en uno de los principios, teniendo en cuenta los valores más aceptados por la sociedad, de utilidad sobre todo cuando los principios se encuentran en igualdad de escalón jerárquico¹⁸⁷.

2.2.2.2 Fórmula del peso. Prevé una relación entre los pesos concretos y abstractos que se encuentran en el ejercicio de ponderación, con la variable de seguridad de las premisas empíricas, posibilitan, comprobar si es justificable la afectación del principio por el grado de satisfacción del otro. Esquematizando la siguiente forma:

$$Gi.j = \frac{Ii.Gi.SI}{Ij.GJ.Sj}^{188}$$

Se obtiene el peso del principio *Ii*, en relación con el principio *Ij*, según las circunstancias del caso concreto, siendo el cociente del producto de la afectación del principio *Ii* en concreto, su peso abstracto (*Gi*) y la seguridad de las premisas

¹⁸⁶ *Ibíd.* p. 31.

¹⁸⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Limites de la Ponderación. *En*: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, 2003, No. 26, p. 10.

¹⁸⁸ Una formula del peso teniendo en cuenta las variables de peso concreto, abstracto y seguridad de las premisas, sin embargo Alexy esquematiza el núcleo de la formula de la siguiente forma:

$$Gi.j = \frac{Ii}{Ij}$$

empíricas relativas (S_i), sobre el producto de la afectación del principio I_j en concreto, su peso abstracto (G_j) y la seguridad de las premisas empíricas (S_j)¹⁸⁹.

De acuerdo con los grados de la escala de leve, medio y grave antes reseñados, es posible otorgar un valor en números a la afectación del principio y a su peso abstracto, teniendo para ello formulas geométricas. Siendo leve 2^0 , medio 2^1 y grave 2^2 .¹⁹⁰ Expresado en números enteros: 1, 2 y 4. En el caso de las variables de seguridad de las premisas, los valores numéricos se expresan de la siguiente forma y modalidad: 2^0 o 1, será seguro; 2^{-1} o $(\frac{1}{2})$, será plausible; y 2^{-2} o $(\frac{1}{4})$, será no evidentemente falso.

2.2.2.3 Carga de argumentación. Para Alexy, el método de ponderación es un esquema inferencial que se expresa mediante la fórmula del peso, con una estructura formal, “que como tal no contiene sustancia alguna. La aplicación de la fórmula del peso requiere, sin embargo, que el contenido –explicitado por juicios sobre la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas- sea puesto en las variables de la fórmula del peso. Por esta razón uno puede decir que la ponderación es procedualmente sustantiva.”¹⁹¹ Las llamadas cargas de argumentación, solo operan en caso de equivalencia de los pesos de los principios en colisión, producto de los anteriores pasos. En este caso el fallador deberá escoger el principio que prepondere en la sociedad. Autores anotan que la posición de Alexy opta por dos principios, que pueden ser controversiales y opuestos: i) que prevalezcan la libertad e igualdad jurídica, in dubio pro libértate, por lo que por regla ningún principio contrario a la libertad e igualdad debe prevalecer, claro está habrán excepciones, dependiendo de las razones argumentadas; y ii) la prevalencia del principio democrático, por lo que el fallador deberá preferir la voluntad del legislador como máximo representante de la

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. La Construcción de Derechos Fundamentales. Óp. cit., p. 31 – 37.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 37.

voluntad general.¹⁹² Estas dos posibilidades son relativas, puesto que en otros sistemas jurídicos se da más preponderancia a principios diferentes a los mencionados antes. La aplicación de los principios mediante el método de ponderación es de gran ayuda en la solución de casos difíciles para el encausamiento de problemas sociales, también puede ser utilizado según los ideales de los jueces o su concepción de lo que debe ser, desconociendo realidades sociales.

2.2.3 Ponderación y racionalidad. Teniendo en cuenta lo anterior la ponderación presenta una serie de límites que han sido reseñados, en especial en materia de racionalidad: i) no existe un criterio que objetivamente permita determinar los factores que le otorgan un peso determinado a un principio. Este aspecto le da al fallador un margen de acción respecto de su propia ideología política; ii) así mismo el juez en razón al margen de interpretativo puede ubicar equivocadamente la graduación de la afectación de los principios enfrentados; y iii) el peso abstracto tiene un carácter de orden subjetivo, puesto que faculta al fallador a remitirse a su idea de Constitución y principales valores ideológicos. Siendo así, fijar el peso abstracto según la subjetividad del intérprete no implica la existencia de una racionalidad interpretativa, sino de la prevalencia de posiciones particulares.¹⁹³

Respecto del ‘irracionalismo’ de la ponderación Alexy, al enfrentar las posiciones de Habermas, quien critica la falta de criterios racionales para ponderar, considerando que “la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a las que se está acostumbrado”.¹⁹⁴ Y de Schlink, que respecto de la subjetividad de la decisión afirma que “en los exámenes de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva solo puede aflorar la subjetividad del evaluador... las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva solo pueden llevarse a cabo

¹⁹² BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Limites de la Ponderación. Óp. cit., p. 14-16.

¹⁹³ Ibíd. p. 17-28.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. La construcción de los derechos fundamentales. Óp. cit., p. 29.

mediante el decisionismo”¹⁹⁵; manifiesta respecto de la ley de la ponderación que solo si respecto de la intensidad de las interferencias de los principios, el grado de importancia de las razones que justifican la interferencia y la consecuente relación, no es posible realizar juicios de racionalidad, tales tesis serían correctas. Empero, “la racionalidad de un esquema inferencial depende, esencialmente de la pregunta de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. En la fórmula del peso las premisas se representan a través de cantidades numéricas, que se apoyan en juicios. Un juicio tal es la afirmación de que la descripción pública de una persona con una discapacidad grave como ‘tullido’ supone una violación grave del derecho a su personalidad. Con esta afirmación se eleva una pretensión de corrección que puede ser justificada en un discurso. Además, la conmensurabilidad de la catalogación a ambos lados de la ponderación está asegurada si el discurso se lleva a cabo desde un punto de vista común: el punto de vista de la constitución... Por supuesto que se puede discutir al respecto como sobre muchas cuestiones en el derecho. Sin embargo, la discusión no implica irracionalidad. Si así fuera, no solo la ponderación sino también la argumentación jurídica como tal serían irracionales en su mayor parte. Más bien vale que la justificabilidad –a pesar del hecho que no se la pueda equiparar a demostrabilidad– implica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre seguridad y arbitrariedad”¹⁹⁶.

En fin, la ponderación, como paso, luego de la interpretación de las disposiciones para obtener normas con consecuencias incompatibles y la subsunción del supuesto de hecho en las normas, permite resolver conflictos de principios y más allá de la discusión que genere, es un método que pretende explicar racionalmente dichos conflictos, aportando una herramienta de argumentación importante a la solución judicial de los llamados casos difíciles que se presentan, entre otras ramas del derecho, en el derecho laboral, cuyos principios, como se ha

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 36-37.

mencionado, se encuentran consagrados positivamente en la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico y político: la Constitución.

2.2.4 Principios positivados. Para Estrada Vélez, con la “aprehensión del valor o del principio existente en el cuerpo social por un órgano estatal”¹⁹⁷. El mencionado autor no consiente que el solo hecho de que un principio se encuentre consagrado en la Constitución lo haga prevalecer sobre principios consagrados en normas de jerarquía inferior. Los principios son reales y constatables sociológica e históricamente. La ubicación dentro del ordenamiento no define su valor. Es su importancia al aplicarse a un caso concreto lo que se lo da.¹⁹⁸ Sin embargo, si consideramos la Constitución en su sentido axiológico y su puesto en la escala jerárquica de las normas, representa un criterio de gran importancia al momento de afrontar las cargas de argumentación en los procedimientos de ponderación.

Los principios laborales, aunque ya habían sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial, se positivarón en el tenor literal del artículo 53 de la Constitución Política:

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;

¹⁹⁷ ESTRADA VELEZ, Sergio Iván. Óp. cit., p. 48.

¹⁹⁸ Ibíd. p. 48-52.

primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Además de erigirse el trabajo en uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano,¹⁹⁹ los principios del derecho del trabajo, se configuran en presupuestos de constitucionalidad de la norma laboral y en instrumentos para equilibrar las desigualdades entre empleadores y trabajadores. A continuación analizaremos sus principales características y problemas, siguiendo lo más cerca a la clasificación consagrada en el artículo 53 de la Constitución.

2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDAD PARA LOS TRABAJADORES

La Constitución en su artículo 13, prescribe la igualdad de todas las personas ante la Ley y obliga al Estado a promover las condiciones para que ella sea real y efectiva y, así mismo, adoptar medidas en favor de grupos discriminados o

¹⁹⁹ La Constitución Política de Colombia establece en su artículo primero que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

marginados. En el campo laboral la igualdad se aborda desde la prohibición a la discriminación²⁰⁰, pero en especial se reconoce que en la realidad la relación laboral es una relación desigual, donde la parte débil es el trabajador. Teniendo en cuenta ello, por justicia²⁰¹, se deben dirigir las disposiciones jurídicas de la materia hacia el equilibrio de las cargas.

Sin embargo una línea delgada separa la discriminación del trato diferencial, por lo que las normas que prescriban diferentes tratos a grupos de personas se deben mirar bajo un test de igualdad y la correspondiente prueba de proporcionalidad de la medida. Si bien ya se trató el tema, es importante precisar que la justificación de un trato diferencial implica que: i) los casos sean distintos, ii) la existencia de una norma con una finalidad racional y justificable para tratar las situaciones diferentes y iii) una medida adecuada.²⁰² Medida que para estimarse adecuada deberá ser objeto de un estudio menos o mas exhausto según el tipo de situación que regule.

Como ya se dijo, la Corte Constitucional utiliza el llamado test de proporcionalidad, tomado de la jurisprudencia de los Estados Unidos, en especial si el trato diferencial representa sospechas para el intérprete, pues el artículo 13 de la Carta prescribe la igualdad para todas las personas, otorgando los mismos derechos y

²⁰⁰ El convenio C-111 de la OIT, regula lo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, así en su artículo primero establece:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

²⁰¹ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo. Bogotá D. C.: Leyer, 1999. p. 36-41. Profundiza el autor acerca de la justicia en las relaciones obrero-patronales.

²⁰² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

prescribiendo al estado una protección y trato igual sin establecer discriminaciones por causas de religión, creencias políticas, sexo, origen, filosofía o raza. De esta forma: i) el test leve busca establecer la legitimidad y adecuación de la medida diferencial, por lo general aplicado a medidas económicas, de política internacional o tributarias; ii) el estricto, cuando se refiere a una de las causas de prohibición de discriminación de la Constitución (categorías sospechosas),²⁰³ busca encontrar la legitimidad, importancia e imperiosidad de la medida, e implica la aplicación de un test de proporcionalidad en sentido estricto, según el cual los beneficios de adoptar la medida excedan las restricciones del derecho; iii) el test intermedio analiza la razonabilidad de la medida si puede afectar el goce de un derecho consagrado constitucionalmente o exista indicios de arbitrariedad.²⁰⁴

En el derecho del trabajo se reconoce “en general que la relación empleador-trabajador no debe calificarse como desigual, sino como una relación jerárquica en la que el derecho reconoce el rol de cada una de las partes para el desarrollo del sistema productivo, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos de desigualdad, a los que el derecho se preocupa por combatir con mecanismos que hagan efectiva la igualdad real”²⁰⁵. En fin, por lo general en materia laboral, la igualdad se expresa en términos de no discriminación imponiendo límites a las facultades de subordinación del empleador.

2.3.1 Igual trabajo, igual salario. Pero, no solo en términos de no discriminación se plantea el principio estudiado, puesto que la máxima “a trabajo igual, salario igual” impone una paridad en la retribución de los trabajadores en situaciones fácticas similares. Es decir, los trabajadores que ejerciendo las mismas funciones, en igual jornada y condiciones de desempeño similares deben ser remunerados

²⁰³ Colombia. Constitución Política. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Subrayas fuera del original)

²⁰⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 673 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

²⁰⁵ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 43.

de la misma forma, sin que pueda establecerse algún trato diferente por sexo, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.²⁰⁶ La igualdad de salario, solidificada en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.²⁰⁷, se deriva de dos consecuencias: a) de la eficiencia en el desempeño del trabajo y b) de la proscripción de discriminación.²⁰⁸ Sin embargo, basado en razones objetivas, el empleador puede establecer diferencias de escalas salariales al interior de la organización de la empresa. Por ello consideramos, junto con otros autores, que la paridad en la retribución del trabajo prohíbe a los empleadores establecer discriminaciones entre los trabajadores, a menos que se fundamente en razones objetivas.²⁰⁹

La igualdad en la remuneración ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional en consideración, no de una igualdad matemática, sino de la igualdad real que comporta para los trabajadores que se desempeñan en situaciones iguales, cuya diferenciación no acepta más que motivos objetivos y no de carácter subjetivo, que pueda implicar discriminación. Es decir, a nuestro juicio, en materia salarial, como en todo el ordenamiento laboral la igualdad de los trabajadores es la regla general, salvo que existan situaciones fácticas que razonablemente permitan establecer criterios de diferenciación.²¹⁰ Ciertamente, en la sentencia SU-519 de 1997, se dijo por la Corte lo siguiente:

²⁰⁶ El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 143, prescribe: “1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”

²⁰⁷ En adelante C.S.T.

²⁰⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de enero 23 de 2007, rad. 27724. M.P. Eduardo López Villegas.

²⁰⁹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 47.

²¹⁰ En ese sentido, la decisión tomada por la Corte, mediante sentencia C-252 de 1995, de igualar la escala salarial de los profesores públicos y privados, cuando los últimos se encontraban con remuneraciones menores, aun encontrándose en la misma escala de docencia, es un ejemplo de la prevalencia del principio de igualdad en el derecho laboral constitucional; puesto que la Corte no encontró que las razones que se puedan alegar para tal diferenciación la soporten al grado de no representar una vulneración a la igualdad. Manifestó lo siguiente: “Podría sostenerse que la diferencia de trato, se deriva de la diversa naturaleza del empleador, público en un caso y privado

“El artículo 53 de la Constitución señala perentoriamente principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando dicte las normas integrantes del Estatuto del Trabajo y uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, aspecto éste último que se expresa, como lo ha venido sosteniendo la Corte, en términos de igualdad: "a trabajo igual, salario igual".

Nótese que las indicadas reglas, que implican garantías irrenunciables a favor de los trabajadores, no dependen de si la ley las consagra o no, ni tampoco del contrato de trabajo, como resulta de la decisión de instancia y de la doctrina en ella citada, sino que proceden de modo directo e imperativo de la Constitución, por lo cual su aplicación es obligatoria y su efectividad puede ser reclamada ante los jueces constitucionales por la vía de la tutela, ya que las vulneraciones que se produzcan al respecto afectan indudablemente los derechos fundamentales y no es idónea la simple utilización de la vía judicial ordinaria para restablecer el equilibrio buscado por la Carta Política.

Debe observarse que la indicada norma constitucional, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad (artículo 13 C.P.), inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas.

en el otro. Acorde con esta circunstancia, se observan ciertamente notorias disimilitudes que son congruentes con las características propias de los diversos vínculos jurídicos. No obstante, para los efectos de la fijación del salario mínimo, el carácter público o privado del empleador, carece de relevancia. Las necesidades materiales y de otro orden, que son objeto de consideración al establecer la magnitud del salario mínimo, son iguales para los maestros, con prescindencia de que su empleador sea público o privado. Las mismas razones que sustentan un determinado nivel salarial, se extienden al otro”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Como la Corte lo ha manifestado, no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.

Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una.

Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo”.²¹¹

Empero la Corte Constitucional reconoce eventos en los que una diferenciación de salario obedece a criterios razonables, en ese sentido ha manifestado:

“Esta Corporación ha sostenido que del carácter fundamental del derecho al trabajo y de la especial protección ordenada al Estado por este precepto constitucional, se desprende la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral. Estrechamente relacionado con

²¹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-519 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

lo anterior se encuentra la obligación a cargo del patrono de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (Art. 53 C. P.), puesto que el salario es 'la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral'.

“Desde esta perspectiva, si bien cierto que la determinación del salario es una decisión bilateral entre el empleador y el trabajador, no puede estar sujeta a consideraciones caprichosas que desconozcan la especial protección constitucional, pues como ha sostenido la Corte Constitucional *“el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados”*. De ahí pues que la igualdad de trato en la relación laboral no sólo deriva de una regla elemental de justicia en los estados democráticos sino de la esencia de la garantía superior al trabajo, ya sea que éste se preste ante entidades públicas o privadas...

“... [N]o toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente. En consecuencia no toda diferencia salarial entre trabajadores que desempeñan el mismo cargo vulnera el principio *“a trabajo igual salario igual”*, como quiera que es posible encontrar razones objetivas que autorizan el trato diferente.

“Ahora bien, entre las razones que a juicio de la jurisprudencia constitucional justifican las diferencias salariales la primera es el ejercicio de funciones o labores diferentes entre quienes alegan la discriminación salarial y el tercero que supuestamente recibe un trato favorable. En otras palabras el requisito indispensable para que exista una vulneración del principio en comento es precisamente la identidad de funciones entre quien alega la discriminación y

quien supuestamente resulta beneficiado de la misma, además por supuesto de la existencia de una diferencia en la remuneración.

“Así mismo, en los casos de personas que desempeñan las mismas funciones y ocupan el mismo cargo esta Corporación ha sostenido que las diferencias salariales pueden fundarse ‘criterios objetivos de evaluación y desempeño’”.²¹²

2.3.1.1 Carga de la prueba de la discriminación en procesos de igualdad retributiva. Con el fin de otorgarle más eficacia al principio de la paridad retributiva, la jurisdicción constitucional ha mantenido una posición respecto de la carga de la prueba de la discriminación. Para ello ideó la siguiente fórmula: si un trabajador se ha desempeñado en condiciones iguales a otro y alega que es víctima de la discriminación retributiva, al operador judicial con a) la sola manifestación del trabajador de sufrir un trato discriminatorio y b) aportar el referente de la comparación, le bastará para que el empleador esté en la obligación de desvirtuar tal situación y aportar las razones que objetivamente lo llevaron a establecer el trato diferencial entre los empleados, en lo que a retribución se refiere. En otras palabras se invierte la carga de la prueba imputándole la violación del derecho a la igualdad al patrono. Por lo que corresponde al empleador demostrar que la diferenciación en la retribución está justificada y no, al trabajador demostrar que ha sido objeto de discriminación. Claro está que es una obligación del trabajador aportar el parámetro de comparación, puesto que sin él no es fácticamente posible determinar la discriminación²¹³. La importancia de la inversión de la carga de la prueba se muestra como una forma efectiva de cumplir el mandato de igualdad en el derecho del trabajo, protegiendo la parte débil de la relación.

²¹² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-545A de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra porto.

²¹³ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 48-51.

Otra es la posición de la jurisdicción ordinaria, pues la Corte Suprema de Justicia no acepta para tales casos la inversión del *onus probandi*. Por lo que incumbirá al trabajador, cuando alega ser víctima de una retribución discriminatoria, allegar al proceso las pruebas que demuestren la igualdad de puesto, jornada y desempeño; no, al empleador. Ello basado en el principio que establece que a cada parte le corresponde demostrar lo que alega (*onus probandi incumbit actori*)²¹⁴. En contra de esta posición se eleva Guerrero Figueroa, anotando que la razonabilidad de las decisiones del empleador depende de las justificaciones que tenga la medida, de no existir justificación alguna será una medida arbitraria, relevando al trabajador de carga de la prueba.²¹⁵

“El tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial. Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero (sic) no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral”²¹⁶.

Es clara la principal diferencia de las altas cortes respecto del tema, mientras la Corte Constitucional inaplica el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil²¹⁷ invirtiendo la carga de la prueba, dando prevalencia al principio de retribución

²¹⁴ Ibíd. p. 51-53.

²¹⁵ GUERRERO FIGUEROA. Guillermo. Óp. cit., p. 42-47.

²¹⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 22 de 2009, radicado 32249. M.P. Elsy del Pilar Cuello y Eduardo López Villegas.

²¹⁷ El artículo 177 del Código de procedimiento Civil prescribe que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

equitativa, la Corte Suprema de Justicia se afianza en la norma para la toma de la decisión. A juicio de Jaramillo, “se considera que la orientación jurisprudencial del tribunal constitucional terminará por prevalecer, pues se inclina por lo que doctrinalmente se ha dado en denominar la ‘carga dinámica de la prueba’, según la cual corresponde probar a la parte que tenga mayores facilidades para la demostración”²¹⁸. Debe agregarse que por ser desarrollo del principio de igualdad en el derecho laboral, el reconocimiento de la diferencia existente en la relación laboral y la razonabilidad de la respuesta a tal situación, el criterio constitucional deberá prevalecer.

2.3.2 Igualdad en pensiones: En materia de pensiones la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de diferenciación, que se traduce en el trato desigual de situaciones desiguales, siempre que medien razones objetivas, en ese sentido Mauricio Pérez Salazar²¹⁹, en un análisis de las repercusiones económicas de los fallos constitucionales, expone diferentes fallos de la Corte Constitucional en lo atinente al sistema de pensiones en Colombia. Concluyendo que el principal criterio de decisión en materia pensional de la Corte es el principio de igualdad del artículo 13 de la C.P. Para la Corte, como hemos venido exponiendo, el tratamiento diferencial debe ser razonable y existe una prohibición general de discriminación. Para el autor el sistema de pensiones del país se presenta como un sistema de desigualdad total, donde pequeños regímenes de privilegios excepcionales (la mayoría altos funcionarios del Estado) devengan mesadas pensionales exorbitantes, mientras la gran mayoría de pensionados sobreviven con una pensión equivalente al salario mínimo. Lo que representa una crisis para el sistema.²²⁰

²¹⁸ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 53.

²¹⁹ PEREZ SALAZAR, Mauricio. Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana. En: Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 855-862.

²²⁰ Ibíd. p. 855-856. El autor atribuye esta situación a la falta de previsión actuarial con la que durante el siglo XX afrontó el Estado el tema de las pensiones, el cálculo actuarial de las mismas y la falta de apropiaciones de reservas para el sistema.

En ese sentido, para el autor, la Corte Constitucional aborda el estudio de los conflictos constitucionales que se presentan respecto de los diferentes regímenes de pensiones, teniendo como corolario el trato igual de las circunstancias iguales, excepto si existen razones para establecer una diferenciación en el trato. Pérez Salazar, analiza los pronunciamientos de la Corte respecto de la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 279 de la ley 100 de 1993 que exceptúa la aplicación del sistema de seguridad social a regímenes especiales como el docente y el de Ecopetrol y por ende los excluye del pago de la mesada catorce. En sentencia C-461 de 1995 la Corte consideró que diferentes beneficios gozados por los docentes equivalían a la decimocuarta mesada y por ende era razonable su exclusión, excepto para los casos de educadores que pertenecientes al Fondo de Prestaciones del magisterio no gozaran de un beneficio equivalente, caso en el que deberían ser acreedores de la mesada catorce; en ese sentido declaró la constitucionalidad del asunto.²²¹ En la sentencia C-173 de 1996 debió pronunciarse respecto de la exclusión del régimen de seguridad de la ley 100 y en ese caso “la Corte tuvo en cuenta el criterio de razonabilidad en la aplicación del derecho a la igualdad y la diferencia de supuestos facticos para declarar la constitucionalidad de la norma impugnada”.²²²

Para el autor la muestra más radical en materia de igualdad en pensiones la constituye la sentencia C-409 de 1994, que estudió la constitucionalidad de los reajustes previstos por el decreto 2108 de 1992 que estableció una mesada adicional para los jubilados cuyas pensiones se causaron antes de primero de enero de 1988. La medida buscaba recuperar la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones otorgadas antes de la ley 71 de 1988, debido a que las formulas de reajuste de las mismas causaban la pérdida de valor de las mismas.²²³ Así lo entendió la Corte Constitucional, pero no consideró tales motivos como razonables

²²¹ Ibid. p. 858 -859.

²²² Ibid. p. 859.

²²³ Ibid. p. 857-858.

para establecer la diferenciación en el otorgamiento de la mesada, estableciendo una igualdad de condiciones entre todos los pensionados:

“Es evidente que los reajustes consagrados en la Ley 71 de 1988 para las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial y semioficial en todos sus órdenes y en el sector privado resultaron más favorables para quienes se encontraban disfrutando de su pensión de jubilación, con respecto a los ordenamientos que sobre reajuste pensional se consagraban en la Ley 4a. de 1976. Considera la Corte que la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Pero ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio pensional como lo es la mesada adicional que se consagra en la norma materia de revisión, en favor de un sector de antiguos pensionados, excluyendo a otros que legítimamente han adquirido con posterioridad el mismo derecho pensional por haber cumplido con los requisitos legales correspondientes.”²²⁴

Respecto del pago de la mesada y específicamente la igualdad manifestó la Corte Constitucional:

“... [A]l consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo

²²⁴ Colombia. Corte constitucional. Sentencia C-409 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988.”²²⁵

La igualdad en el derecho laboral, como se ha expuesto, se fija en la aceptación de la desigualdad fáctica en las relaciones de las personas, en especial la desigualdad de la relación laboral. La prohibición de discriminación en el derecho laboral comporta un elemento esencial para el entendimiento del principio, puesto que el tratamiento diferencial no está proscrito si se cimenta en criterios razonables.

2.4 EL PRINCIPIO DE LA REMUNERACION MÍNIMA, VITAL, MOVIL y PROPORCIONAL

No solamente hace referencia a la remuneración del trabajo producto de una relación laboral, sino también a otro tipo de contraprestación por los trabajos prestados. Su objeto radica en fijar los límites en que debe configurarse, dentro del desarrollo de un Estado Social de Derecho, la retribución.²²⁶ Al respecto la Constitución Política en su artículo 56 establece que: “...Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.”²²⁷ Estudiaremos las características de la remuneración de acuerdo a lo prescrito por el principio, teniendo en cuenta que ella debe ser: a) mínima, b) vital, c) móvil y d) proporcional a la calidad y cantidad del trabajo.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. *Óp. cit.*, p. 55.

²²⁷ La ley 278 de 1996 la denomina Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, prescribiendo sus funciones en el artículo segundo del cuerpo legal mencionado y creando subcomisiones departamentales.

2.4.1 Remuneración mínima. La ley 278 de 1996 prevé la forma de fijación del salario mínimo. La remuneración mínima a que tiene derecho un trabajador se debe establecer, dentro de un Estado Social de Derecho, bajo criterios de razonabilidad.

Aunque cada país es autónomo, diferentes convenios han previsto mecanismo posibles para fijar la remuneración mínima, el Estado colombiano suscribió y ratificó el convenio de la Organización Internacional del Trabajo²²⁸ número 26 de 1928, que propugna por el establecimiento de la remuneración mínima dentro del marco del diálogo de las partes interesadas. La mencionada ley 278 de 1996 concibió un mecanismo de concertación acorde al convenio y al artículo 56 de la Carta Magna, así mismo, fijó una suerte de desempate, a cargo del Gobierno Nacional, en caso de falta de acuerdo de las partes²²⁹.

En la comisión establecida por la ley 278 de 1996²³⁰ tienen cabida: representantes del Gobierno, quien fija la política económica, laboral y de seguridad social del

²²⁸ En adelante OIT.

²²⁹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit. p., 55-61-

²³⁰ El artículo quinto de la ley 278 de 1996 establece: “La Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales será tripartita en su integración y de ella formarán parte:

a) En representación del Gobierno:

1. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, quien la presidirá;
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado;
3. El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado;
4. El Ministro de Agricultura o su delegado;
5. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.

b) En representación de los empleadores:

Cinco (5) representantes con sus respectivos suplentes personales, designados por las asociaciones nacionales gremiales más representativas de empleadores de los distintos sectores económicos del país, en forma ponderada y de conformidad con la participación de cada sector en el producto interno bruto y en la generación de empleo.

Para los efectos anteriores, el Gobierno se basará en los datos y cifras elaborados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

c) Tres (3) Representantes, con sus respectivos suplentes personales, designados o removidos por las Confederaciones Sindicales más representativas del País, determinadas con base en el número de afiliados que cada una de estas posea al momento de la elección, según el censo que en tal sentido elabore el Ministerio de la Protección Social.

país; los empleadores, quienes detentan las fuentes productoras del capital y los trabajadores; de los pensionados, cuyo incremento de mesadas por regla es el equivalente al índice de precios al consumidor²³¹ causado a excepción de las mesadas iguales a un salario mínimo, y por último de los desempleados. “Permitir que los desempleados participen de esta decisión implica un reconocimiento de que es tan importante el derecho del trabajo como el derecho al trabajo; son muy pocas las manifestaciones del ordenamiento en las cuales se tiene en cuenta a los outsiders (trabajadores que no se encuentran vinculados al mercado laboral). Tradicionalmente, el enfoque de protección del ordenamiento se centra en la población trabajadora con vínculo vigente, pero en muy pocas oportunidades se considera a este grupo de trabajadores para permitirles vincularse nuevamente como trabajadores activos”²³².

Cabe anotar que el principal parámetro a tener en cuenta por la comisión al momento de fijar el salario mínimo se encuentra en la idoneidad de este para garantizar la vida digna del trabajador y su familia, tal como lo prescribe el artículo segundo de la ley 278 de 1996 en su literal d). En ese sentido la ley en el artículo 8, previendo la falta de consenso en los miembros de la Comisión, impone al Gobierno que en su decreto anual de fijación del salario mínimo tenga en cuenta como parámetros que lo motiven: i) la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República, ii) la productividad acordada por el comité

2. Un (1) representante con su respectivo suplente de los pensionados, que se rotarán cada cuatro años entre las dos (2) Confederaciones de pensionados más representativa (sic).

3. Un (1) representante de los desempleados que se rotarán cada cuatro (4) años entre las dos (2) asociaciones de desempleados más representativa (sic) del país, determinadas con base en el número de afiliados que cada una de estas posea al momento de la elección, según el censo que para el efecto elabore el Ministerio de la Protección Social.

Parágrafo 1. Para los efectos del literal d) del artículo 2, los Ministros del Despacho y el Director del Departamento Nacional de Planeación, no podrán delegar, y si lo hacen, por motivos debidamente justificados, será exclusivamente en un Viceministro y en el Subdirector.

Parágrafo 2. A las deliberaciones de la Comisión, de las subcomisiones departamentales y de los comités podrán ser invitados, con derecho de voz, funcionarios del Gobierno, asesores de los empleadores, trabajadores o pensionados, así como voceros de organizaciones de trabajadores, de pensionados y de los empleadores no representados en la Comisión.”

²³¹ En adelante IPC.

²³² JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 60.

tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Protección Social, iii) la contribución de los salarios al ingreso nacional, iv) el incremento del producto interno bruto y v) el índice de precios al consumidor.

Al estudiar su constitucionalidad la Corte Constitucional agregó, por medio del sentencia C-815 de 1999, a los anteriores parámetros: vi) la protección especial que la Constitución otorga al trabajo, vii) la necesidad de mantener una remuneración mínima, vital y móvil, viii) la función social que debe cumplir la empresa, ix) los objetivos constitucionales en la dirección de la economía por el Estado, en especial asegurar a todas las personas, especialmente los que devenguen menos ingresos, el acceso a bienes y servicios básicos; pero quizás el parámetro más significativo agregado por el Tribunal Constitucional fue el imponer: x) que en todo caso el salario mínimo no puede ser fijado por debajo de la inflación real del año que culmina. Actualizando realmente el valor real del salario mínimo legal mensual.

Por medio de la mencionada sentencia 815 de 1999 la Corte Constitucional estableció una exequibilidad condicionada del procedimiento de regulación del salario mínimo cuando no hay concertación entre las partes, al prohibir fijar por debajo de la inflación causada el ajuste del salario mínimo. Así mismo fijó la el criterio que establece que el salario debe ser de acuerdo a la calidad y cantidad del trabajo.²³³ Estableciendo claramente al gobierno la obligatoriedad de los principios constitucionales en materia de fijación de salario mínimo:

“La atribución del Ejecutivo es, en el contexto aludido, netamente subsidiaria, lo cual significa que no adquiere competencia para dictar el decreto que fije el salario mínimo unilateralmente si no se han agotado las etapas anteriores, que buscaban el consenso como primer objetivo. No goza el Gobierno en esta

²³³ PEREZ SALAZAR, Mauricio. Óp. cit., p. 845-846. Para el autor la disposición de la Corte significa tanto que el salario mínimo o puede ser disminuido, como aumentado, pues deberían incrementarse los niveles de productividad de los trabajadores para que lo segundo se diera.

hipótesis de una facultad discrecional y menos todavía arbitraria. Está sujeto a unos límites que la misma norma legal introduce y que esta Corte juzga exequibles, siempre que se los tenga en cuenta a todos y de manera armónica y razonable, agregando a ellos y dando preferencia a los postulados que inspiran el Ordenamiento Constitucional. En otros términos, la constitucionalidad del precepto surge de la confluencia de esos criterios legales, ninguno de los cuales puede prevalecer sobre los otros ni ser aplicado de manera excluyente respecto de los demás, con los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, la especial protección al trabajo y la remuneración mínima vital y móvil a la que tienen derecho los trabajadores; todo lo cual significa que la motivación del decreto que el Gobierno expida los deberá contemplar en su totalidad y considerando la prevalencia que tienen los criterios constitucionales enunciados... El Gobierno, en la hipótesis de la norma, debe ponderar los factores contenidos en ella, pero que, en todo caso el reajuste salarial que decreta nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira. Y ello por cuanto el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución.”²³⁴

La fijación del salario mínimo no supone una facultad sin límites para el gobierno, con ella debe dar cuenta del aseguramiento del valor real del salario y el mantener una capacidad de manutención del trabajador y su familia en condiciones dignas.

2.4.2 Remuneración vital. El derecho fundamental al mínimo vital, es definido jurisprudencialmente como “el conjunto de necesidades básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia”²³⁵. El carácter vital de la remuneración radica en su capacidad de garantizar la subsistencia digna del trabajador y su familia.

²³⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²³⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-818 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Los conceptos de salario mínimo y mínimo vital son diferenciados por la jurisprudencia. A nuestro concepto, debe entenderse por salario mínimo el establecido, bien por el Gobierno unilateralmente o por el consenso de la Comisión Permanente de Concertación, atendiendo los parámetros fijados por la ley y la Corte Constitucional en especial la idoneidad del salario para garantizarle una vida digna al trabajador y su familia. De otro lado, el mínimo vital refiere al ingreso adecuado para la satisfacción de necesidades elementales de la persona y la familia, atendiendo las características de cada caso concreto. En palabras de la Corte, “no se trata de un concepto equivalente al de salario mínimo, sino de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”²³⁶

Pero su delimitación a elementos cualitativos implica también que un ingreso inferior al salario mínimo no afecte el mínimo vital²³⁷, ello atendiendo las características de cada caso propio. La satisfacción de las necesidades tanto del trabajador, como de su familia comportan el concepto de vital de la remuneración; en ese sentido se ha manifestado el tribunal constitucional:

“El derecho fundamental al trabajo brinda a quien lo ejerce, la posibilidad a obtener un ingreso que le permita satisfacer las necesidades propias y las de su familia; por esta razón, es legítimo esperar de su patrón una contraprestación económica que le permita procurarse el sustento que requiere; en caso contrario, vería afectado en su bienestar personal y, eventualmente cercenada una de las manifestaciones del derecho fundamental al trabajo, sin que pueda predicarse el ejercicio pleno de ese derecho, cuando la persona que lo desempeña no pueda contar con una remuneración justa por esa labor.”²³⁸

²³⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1049 de 2003. M.P. Antonio Becerra Carbonell.

²³⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²³⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2.4.3 Movilidad y proporcionalidad de la remuneración. Este concepto, no se nos presenta unívoco a la hora de abordar su definición, pues como hemos anotado, la movilidad de la remuneración de los trabajadores que devengan el salario mínimo se encuentra garantizada, pero nada dice la ley acerca de los salarios superiores a este. Sin embargo la jurisprudencia constitucional enfatiza la necesidad de la movilidad de la remuneración, pues se debe “considerar como un enriquecimiento sin causa para el empleador mantener el valor nominal del salario si la prestación del trabajador es la misma, pues este recibiría menos por lo mismo.”²³⁹

2.4.3.1 Movilidad. De acuerdo a lo anterior, no es dable mantener la invariabilidad de un salario si el costo de la vida incrementa y el desempeño de la persona es el mismo, acrecentando la plusvalía aún mas, pudiéndose hablar de una acumulación injusta de capital. Y es que la posición de la Corte al respecto es clara “el derecho de los trabajadores al incremento anual de su asignación salarial, se desprende directamente de la Constitución y es de aplicación inmediata, sin que se requiera de desarrollo legal, contractual o convencional”²⁴⁰.

Sin embargo, muy a pesar del carácter obligante de doctrina constitucional, la cual hace parte de la Constitución, la decisión de la Corte de aclarar que para efectos de aumentos de salarios la acción indicada no era la de tutela, pues existen mecanismos ordinarios que cumplen con garantizar ese derecho,²⁴¹ a menos que con ello se vulneraran derechos fundamentales, trajo efectos indeseados para los trabajadores; puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se mantiene en la inexistencia de obligación del empleador de aumentar salarios que superen el salario mínimo, por carecer de norma legal que así lo predique. Para la Corte Suprema tal situación no se constituye en un conflicto jurídico, sino

²³⁹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 69.

²⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

económico, por lo que al no estar sujeto a resolverse mediante interpretación, el único medio que dilucida el problema es el de la negociación colectiva o individual. Mientras no exista una norma convencional que pregone el aumento de salarios superiores al mínimo establecido legalmente el empleador no está obligado a hacerlo²⁴². En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Y si la mutación en el salario mínimo impacta los contratos de trabajo en que se haya convenido un salario inferior, eso sí ipso jure, fuerza colegir que en los demás casos de trabajadores con ingresos superiores al mínimo, la variación en el sueldo mínimo o en el índice de precios al consumidor no tiene la misma virtualidad, porque esa previsión no está dirigida a ellos sino exclusivamente a quienes devengan tal remuneración inferior. De suerte que si todos los trabajadores del sector particular tuviesen derecho a la revalorización de su remuneración por el simple incremento en el IPC carecería de sentido la regulación del precitado artículo 128 del CST, que dispone tal aumento sólo para los casos en que se haya elevado el sueldo mínimo.

“Por similares razones perdería su sentido que la contratación colectiva se ocupe de regular las condiciones de trabajo en lo que concierne al salario, pues al estar este tema en función del IPC, quedaría vedado para aquélla, a menos que se acordara un aumento superior. Tal hermenéutica no solo quebrantaría la legislación del trabajo, sino que daría al traste con cualquier política económica que pretenda combatir la inflación y estimularía el flagelo del desempleo, que con su presencia no sólo lesiona el derecho del trabajo, sino también el derecho al trabajo”.²⁴³

Para Pérez Salazar, es claro que la Corte Constitucional con su decisión de inhibirse de dictar una decisión de fondo, en la sentencia C-1549 de 2000, por encontrar una omisión absoluta del legislador, dilapidó una oportunidad de

²⁴² JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 72.

²⁴³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2010, rad. 36894. M.P. Luis Javier Osorio López.

extender la obligatoriedad de los ajustes salariales a los trabajadores privados que devenguen sueldos mayores al mínimo. El autor lamenta que la Corte haya preferido argumentos formalistas sobre criterios materiales, como lo es la pérdida del poder adquisitivo de los salarios de esa franja de trabajadores.²⁴⁴

La posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, y la evasión de la Corte Constitucional de abordar el tema, son a nuestro parecer violatorias de los principios constitucionales del derecho laboral, no solo del principio de remuneración mínima, vital, móvil y proporcional, sino atentatoria contra el principio de *in dubio pro operario* y de igualdad laboral. Los principios como mandatos de optimización deben ser aplicados en los casos concretos como las verdaderas normas que son. La aplicación al caso concreto del principio de remuneración mínima, vital, móvil y proporcional, por parte del operador jurídico, será suficiente para ordenar la nivelación salarial por el reajuste del sueldo.

En nuestra opinión la interpretación adoptada por la Corte Suprema también viola el principio *in dubio pro operario* al escoger de las interpretaciones posibles la desfavorable para el trabajador, pues no se puede alegar inexistencia de la norma sin hacer uso de la interpretación analógica,²⁴⁵ que permitiría aplicar la norma de aumento del salario mínimo a los trabajadores que devengan más del mínimo legal. Sin mencionar la infracción al derecho a la igualdad laboral, pues las razones de diferenciación no se antojan tan razonables, cuando se niega una realidad como lo es la pérdida del valor real del salario, por efecto de la inflación. Como opinión personal, nos parece más razonable aumentar el equivalente al aumento del salario mínimo, que negar la posibilidad de ajuste obligatorio. Es la

²⁴⁴ PEREZ SALAZAR, Mauricio. Óp. cit., p. 855.

²⁴⁵ La interpretación analógica se prevé en nuestro sistema jurídico en la ley 53 de 1887, en el artículo 8, que prescribe: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

negación del ajuste, y no el ajuste, lo que no solo lesiona el derecho del trabajador, sino el derecho del trabajo.

En el caso de los servidores públicos los problemas se mueven en otras prioridades. Como lo anota Jaramillo Jassir²⁴⁶, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que no solo es posible realizar un aumento salarial anual, sino varios, pues no existe restricción constitucional al respecto, razón por la cual declaró inexecutable las previsiones en ese sentido de la ley 4 de 1992; sin embargo la retroactividad a partir del primero de enero de cada año solo es prorrogable del primer ajuste. Respecto de los que extraordinariamente se puedan decretar durante el año, el Gobierno es el encargado de determinar su retroactividad. Sin embargo la Corte ha aceptado la posibilidad de diferenciar los aumentos de las asignaciones básicas en los servidores públicos, aunque estos ajustes deben ser, como mínimo, iguales al índice de precios al consumidor causado en el año anterior. Por razones objetivas de ahorro fiscal, ha permitido i) la posibilidad de excluir del ajuste a funcionarios que superaran un promedio ponderado salarial²⁴⁷, así como, ii) la limitación del ajuste salarial en mínimo el 50% del IPC causado para los servidores que devengarán dos salarios mínimos en adelante²⁴⁸. Sin embargo, como “paliativo”, ha condicionado tal posibilidad a que los productos de ese ahorro se dirijan a la inversión social.

De las decisiones tomadas por la corte en tal sentido, debe anotarse que en primera medida con la sentencia C-1433, la corte subrayó el principio de mantenimiento del valor real del salario, concluyendo que todos los salarios de los servidores públicos deben ser objeto de incremento para dar un alcance a ese principio. Tal incremento debe al menos reajustarse a la inflación causada. Para

²⁴⁶ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 82-86.

²⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

²⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1017 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

la Corte Constitucional no existe en el congreso ni en el gobierno una facultad discrecional absoluta para fijar los aumentos salariales de los servidores públicos, ella debe enmarcarse siempre dentro del alcance de los principios constitucionales.

El principio del mantenimiento del valor real del salario de los servidores públicos es reafirmado en la sentencia C-1064 de 2001, pero la Corte Constitucional enfatiza la relatividad del mismo, es decir, puede limitarse teniéndose en cuenta que lo que respecta a la toma de decisiones de manejo de recursos públicos es necesario tener en cuenta la financiación de los mismos. Y subraya el principio de trato desigual a desigual, puesto que debe dársele prevalencia a la realidad fáctica, concluyendo la corte que la pérdida de valor del salario no es sufrida igual por los servidores públicos que devenguen el salario mínimo y los que devengan más de diez salarios mínimos. En la misma sentencia la corte pondera dos principios: el mantenimiento del valor real del salario de los servidores públicos de un mayor rango y la inversión social, otorgándole más importancia a la inversión social. Dos años después, la Corte Constitucional mantuvo su posición, esto es, si bien existe un derecho de mantenimiento del valor de los salarios en cabeza de los servidores públicos, este es razonablemente limitable, pero criticó la política del gobierno de continuación de recorte en los ajustes, cuando tales medidas no ofrecen una medio de recuperación fiscal de las finanzas del estado. Por ello estableció que solo puede aumentarse el salario en menos de la inflación a los servidores que ganen el doble del salario mínimo, y en todo caso, el aumento no se debe ser inferior a la mitad del índice de precios al consumidor.²⁴⁹

2.4.3.2 Proporcionalidad. La proporcionalidad de la remuneración se relaciona con el aspecto cuantitativo del trabajo desarrollado por la persona; es una forma de manifestación de la justicia en el reconocimiento de la contraprestación por la actividad realizada. Un ejemplo del desarrollo del principio se encuentra en el

²⁴⁹ PÉREZ SALAZAR, Mauricio. Óp. cit., p. 848-855.

salario integral, el cual en ningún caso puede ser inferior a la suma de diez salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional no inferior al treinta por ciento de la cuantía mencionada. Su carácter es de creación legal y no prohíbe que empleador y trabajador pacten un salario que “además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones”²⁵⁰.

Así al tenerse en cuenta la defensa de los pactos realizados entre trabajador y empleador, sin dejar de lado la protección de la posición débil del primero, y la proporcionalidad de la remuneración en relación con la cantidad y calidad de trabajo, la Corte manifestó: “El precepto legal, protector de los derechos esenciales de los trabajadores -supuesta la ya declarada exequibilidad del salario integral- no significa nada distinto de un tope, de obligatorio cumplimiento, aplicable a lo pactado en cuanto hace al monto mínimo del salario integral. La ley no quebranta en ese punto el derecho a la libertad de patronos y trabajadores, pues ésta no es absoluta y, precisamente con miras a la defensa de los segundos, se halla sujeta a restricciones que impiden el abuso de la posición patronal dominante”.²⁵¹

De otro lado, la movilidad y proporcionalidad del salario genera en la doctrina la posición de condicionar los ajustes a la cantidad y calidad del trabajo, por lo que analizada tal situación se permitiría no ajustar el salario. Se concuerda con Jaramillo Jassir, en que debe diferenciarse la posibilidad de realizar aumentos a la de establecer ajustes salariales, pues este último debe tener en cuenta el fenómeno de la inflación en la economía y la consecuente pérdida del valor del

²⁵⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵¹ *Ibíd.*

dinero, al cual nadie es ajeno. Por lo que tampoco es aceptable que so pretexto de bajas en el desempeño unilateralmente el empleador se abrogue la facultad de disminuir el salario. Pues tal situación de incompetencia del trabajador debe ser ventilada bajo la facultad disciplinaria del empleador y la posibilidad de la terminación por justa causa de la relación²⁵².

2.5 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

“Aboga por la estabilidad de las condiciones de la relación de trabajo y en especial por la preservación indefinida del contrato suscrito por las partes, caso este último en el que además alude a sistemas indemnizatorios –generalmente drásticos- previstos para frenar el despido sin justa causa”²⁵³. Según este principio la facultad de indemnizar al trabajador para la correspondiente terminación de la relación laboral debe ser residual, por lo que mientras el patrono cumpla sus obligaciones la relación laboral debe mantenerse. La estabilidad, es decir la permanencia en el tiempo de la relación laboral, es una de las principales pretensiones del trabajador, porque le implica seguridad y capacidad de proyección de su futuro, bien sea a mediano o largo plazo. Sin embargo, la “estabilidad no constituye una garantía absoluta, que se traduzca en la inmovilidad en los puestos de trabajo, pues debe armonizarse con otros principios constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de empresa en el ámbito privado, y los principios que orientan la función pública y el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos, en lo atinente a los puestos de trabajo provistos por el Estado”²⁵⁴.

De otro lado, tratar de pregonar este principio en favor del empleador comporta un pensamiento artificioso y regresivo por las consecuencias que comportaría, como un vínculo indisoluble del trabajador con el empleador configurando una nueva

²⁵² JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 79.

²⁵³ CONTI, Augusto. Los principios del derecho del trabajo y su dimensión democrática. En: Manual de Derecho Laboral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008, p.47.

²⁵⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

forma de vasallaje. Por el contrario, “el principio conlleva la inclusión, en el ordenamiento jurídico, de medidas que disuadan al empleador de romper el vínculo de forma unilateral, pero en manera alguna la imposibilidad del trabajador de renunciar y terminar la relación en el momento que lo estime conveniente”²⁵⁵.

2.5.1 Renuncia del trabajador. Al respecto cabe anotar que en el sistema jurídico colombiano se permite la renuncia al trabajador, dándole la posibilidad de avisar al empleador con treinta días de antelación la fecha en que dará por terminada la relación laboral, si el trabajador no opta por preavisar no implica sanción alguna, pues la norma no la prevé. La ley 789 de 2002 (la cual redujo la indemnización tarifaria propia del despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo) no previó la sanción establecida, anteriormente, por el artículo 8 del decreto 2351 de 1965, en la que se facultaba al empleador a retener treinta días de salario al trabajador.²⁵⁶ Ello tiene sentido en un mercado laboral competido y con mayor demanda que oferta de empleo, mientras se pretende con el preaviso, que el trabajador le avise con tiempo suficiente al empleador para que pueda acomodar la configuración de su organización productiva a la falta de un trabajador, no se le puede exigir y mucho menos sancionar a un trabajador que vea posibilidades de mejor remuneración y condiciones de trabajo en otra fuente de empleo, por el solo hecho de no contar con treinta días de antelación para preavisar a su futuro ex empleador.

²⁵⁵ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 89.

²⁵⁶ Ibíd. p. 91-93. Discuten esta posibilidad tres posiciones en el derecho laboral: la primera que aboga por la posición plasmada de no conceder ninguna sanción a la inobservancia del preaviso, la cual compartimos, pues no existe obligación alguna; la segunda que acepta la inexistencia de la indemnización tarifada para ese tipo de incumplimiento, pero que afirma obligación del ex trabajador de resarcir los daños causados al empleador con su incumplimiento, siempre que este lo demuestre en un juicio y la tercera que afirma que por no existir derogación expresa de la sanción prevista en el artículo 8 del decreto 2351 de 1965, la facultad del empleador de retener treinta días de salario aún sigue vigente.

Es precisamente la mayor demanda que oferta existente en el mercado laboral, el ancla de teorías que propugnan por un derecho laboral menos rígido que dinamice el mercado.

2.5.2 Flexibilidad laboral. Se contrapone al mencionado principio de estabilidad el concepto de flexibilidad laboral. La flexibilidad laboral es pretendida en pro de la generación de mayores fuentes de empleo, bajo la creencia de que una legislación laboral rígida es contraproducente para ese aspecto. En Colombia, reformas como la de la ley 50 de 1990 y la ley 789 de 2002 se fundaron bajo la premisa de que por medio de la flexibilización laboral se subirían los niveles de empleo y se aumentaría la competitividad en el mercado globalizado. Pese a esa teoría, no se ha comprobado que una legislación laboral flexible tenga una relación proporcionalmente directa con niveles altos de empleo. Aun más en un país como Colombia donde, si bien los niveles de desempleo²⁵⁷ actuales se presentan como bajos, la mayoría de la fuerza productiva se encuentra en condiciones de sub empleo y empleo informal.²⁵⁸

Si la flexibilidad laboral busca el dinamismo del mercado laboral, como hemos dicho, la estabilidad propende por el sostenimiento de los trabajadores en sus empleos, lo que relacionamos comúnmente con los vínculos laborales a término indefinido.

2.5.3 Duración indefinida de la relación laboral. Una de las características típicas²⁵⁹ del contrato de trabajo se encuentra en su duración indefinida, es además de las manifestaciones principales de la estabilidad laboral. “Por

²⁵⁷ Según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), los niveles de desempleo a septiembre de 2011 alcanzaron la cifra de 9.7%. De otro lado la suma de subempleados objetivos y subjetivos en el límite inferior alcanza la cifra de 9.051%.

²⁵⁸ PEREZ SALAZAR, Mauricio. Óp. cit., p. 844-845.

²⁵⁹ “Entendidos estos en su acepción gramatical, como característicos o representativos de un tipo, es decir: a) a tiempo indeterminado; b) en jornada completa; c) prestado para un empleador; y d) realizado en la sede de la empresa.” JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 89.

estabilidad se ha entendido el derecho del trabajador a conservar su puesto de trabajo en tanto subsistan las causas que dieron origen al contrato, no se presente el incumplimiento grave de sus obligaciones y no intervengan circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación.”²⁶⁰

En el sistema colombiano se establece por regla general el contrato a término indefinido, a menos de que las partes estipulen otra cosa por escrito. Si en el contrato no se estableció un término a la duración del vínculo, la legislación colombiana, para los trabajadores oficiales, en el decreto 2127 de 1947 (arts. 40 y 43), prevé un plazo presuntivo de seis meses sucesivamente mientras el trabajador continúe prestando el servicio con la aquiescencia tacita o expresa del empleador. De otro lado el Código Sustantivo Laboral (art. 47), prescribe para los trabajadores privados la duración del vínculo mientras subsistan las causas que dieron origen al contrato para el cual no se previó término alguno.

Si el contrato se pacta por un término fijo, se condiciona a la duración de una labor u obra, así como para el desarrollo de actividades accidentales, ocasionales o transitorias, no se está ante un contrato de termino indefinido. Esto se consagra en el artículo 47 del Código Laboral. Quizás la formula más utilizada para contratar laboralmente es la prevista en el artículo 46 de la codificación laboral, el contrato a termino fijo, que no puede ser superior a tres años, sin embargo el mismo no significa una violación al principio de estabilidad, y en ese sentido la norma establece la clausula de renovación del contrato por un tiempo igual si no se hace uso de un preaviso no inferior a treinta días.

Aunque la ley permite la existencia de contratos pactados a un término menor de un año, prescribe que no puede ser prorrogado por tal término más de tres veces

²⁶⁰ BENITEZ PINEDO, Jorge Mario, *et al.* Principio de estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 15.

consecutivas, luego de las cuales se entiende prorrogado por un año. También cabe la posibilidad de renovarlo indefinidamente. Sin embargo la Corte en sentencia C-016 de 1998 dentro de sus motivaciones manifiesta que i) si las causas de la contratación se mantienen y ii) el desempeño del trabajador fue óptimo, debe haber lugar a la prórroga del contrato²⁶¹.

La Corte Constitucional ha manifestado respecto de la estabilidad en el derecho laboral:

“se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono la facultada de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada. Se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variable a resolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización y de estabilidad precaria cuando ciertos empleados, como los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados en el ejercicio de un alto grado de discrecionalidad por parte de la administración.”²⁶²

2.5.4 Subsistencia y terminación del vínculo laboral. La suspensión del contrato es otro evento en el que el sistema normativo colombiano optó por la prolongación de la relación laboral y por ende el desarrollo del principio de estabilidad.²⁶³ Las hipótesis de suspensión de la relación laboral se establecen en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo²⁶⁴ y como principal consecuencia

²⁶¹ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 94-100.

²⁶² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶³ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 101-107.

²⁶⁴ Las causales de suspensión del vínculo laboral se prevén en el artículo 51 del C.S.T., del siguiente tenor: “El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.
2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

excusa al trabajador de prestar el servicio, así como al empleador de pagar el salario, de la misma forma puede descontar los periodos de suspensión para efectos de liquidar vacaciones, cesantías y pensiones de jubilación, tal como lo establece el artículo 53 del C.S.T. En materia de seguridad social las leyes han previsto: 1) en todo caso de suspensión de la relación laboral el empleador debe continuar cancelando los aportes que le corresponden en materia de salud (artículo 71 del decreto 806 de 1998) y pensión (artículo 17 de la ley 100 de 1993)²⁶⁵, respecto de los riesgos profesionales al no existir prestación del servicio, no da a lugar el pago de tales riesgos. 2) Caso especial la suspensión causada por la huelga, entendió la Corte que si esta es imputable al empleador por el incumplimiento de los derechos a él exigibles por la ley o convención, deberá pagar los salarios y prestaciones que se causen en lapso que dure la huelga.²⁶⁶ Consideramos que en este caso el empleador deberá seguir cancelando el pago de ARP.

Como se ha venido tratando, el vínculo laboral es el punto principal del principio de estabilidad. El ordenamiento jurídico colombiano propende por mantenerlo cuando hay un cambio de empleador y se mantenga el giro ordinario de los negocios,²⁶⁷ debe existir la continuidad del contrato de trabajo, es decir, el vínculo subsistirá. A

3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.

6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.”

²⁶⁵ El artículo establece que mientras la relación laboral esté vigente la obligación de cotizar no cesa; y precisamente en las hipótesis de suspensión el vínculo laboral permanece indisoluto.

²⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1369 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶⁷ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. *Op. cit.*, p. 108-111.

esto se le conoce como sustitución patronal, regulado principalmente por los artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo. Las prerrogativas de los trabajadores se garantizan prescribiendo la responsabilidad solidaria existente entre el antiguo y el nuevo empleador (Art. 69 C.S.T.).²⁶⁸ Aunque el ordenamiento laboral establece la posibilidad de que el antiguo y el nuevo patrono acuerden modificaciones respecto de sus relaciones, de ninguna forma significa que varía su responsabilidad solidaria²⁶⁹, y por ende, la protección de la estabilidad de los trabajadores.

2.5.4.1 Despido sin justa causa. El despido sin justa causa se encuentra limitado en el ordenamiento colombiano de una forma relativa; en algunos casos se ha querido regular con más restricciones. De acuerdo con el artículo 62 del C.S.T., el despido está permitido si se verifican las causales que taxativamente prescribe, las cuales deben ser alegadas sin que pueda invocarse otra

²⁶⁸ La figura de la sustitución patronal está prevista en el artículo 69 del C.S.T., estableciendo lo siguiente:

“1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficiera, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo empleador, pero éste puede repetir contra el antiguo.

4. El antiguo empleador puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo empleador debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo empleador el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo empleador no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.

6. El nuevo empleador puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4o. del presente artículo.”

²⁶⁹ El antiguo y el nuevo empleador pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados en favor de los trabajadores en el artículo 69 del C.S.T., tal como lo establece el artículo 70 del C.S.T.

posteriormente, dentro de un tiempo que haga ver razonable el despido²⁷⁰ y preferiblemente precedido de un procedimiento de descargos de ser necesario.

Respecto de la necesidad o no de adelantar un procedimiento o no antes del acto de despido, las posiciones jurisprudenciales no son pacíficas:²⁷¹ a) La Corte Suprema de Justicia no considera necesario adelantar dicho procedimiento sino en los casos de que el empleador haga uso de su facultad disciplinaria del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo. b) Contrariamente la Corte Constitucional pregona la necesidad de respetar el debido proceso y por ende adelantar un procedimiento previo al despido, donde se le dé la oportunidad al trabajador de defenderse. La Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 al momento de analizar la exequibilidad del numeral 3 contenida en el literal a) del artículo 62 condicionó su constitucionalidad en el entendido de que para aplicar esta causal es requisito que se oiga previamente al trabajador en el ejercicio del derecho de defensa.²⁷² El máximo Tribunal ha extendido la necesidad de tal procedimiento a las demás causales de terminación unilateral por parte del empleador.²⁷³

2.5.5 Estabilidad reforzada.²⁷⁴ La relatividad impropia de la estabilidad laboral se consagra en el artículo 64 del CST que fija las tasas de indemnización en caso de la terminación unilateral del contrato sin justa causa o en el evento de configurarse el despido indirecto²⁷⁵, es decir, aunque el despido es eficaz, merece reproche y para ello se establecen tablas de indemnización. Actualmente dicho artículo

²⁷⁰ “La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el tiempo que debe transcurrir no corresponde a una cifra objetiva sino a un criterio particular que haga razonable el ejercicio de la facultad patronal sancionatoria o de despido”. JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 116.

²⁷¹ *Ibíd.* p. 117-120.

²⁷² Reza la causal mencionada: “Todo acto grave de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes o socios, jefes de taller, vigilantes o celadores”.

²⁷³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷⁴ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 111-139.

²⁷⁵ El segundo inciso del artículo 64 del C. S. T. establece que en caso de que por culpa imputable al empleador se produjera la terminación por las causales de justa causa por parte del trabajador, aquel deberá pagar la indemnización que la norma fija para tal situación.

contiene la reforma prevista por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002²⁷⁶, la cual disminuyó dichas tasas para los casos de terminación de los contratos a término indefinido, tasas que se preveían mucho más altas en la Ley 50 de 1990²⁷⁷ y que en el Decreto 2351 de 1965²⁷⁸ establecían la posibilidad al trabajador de escoger

²⁷⁶ La ley 789 de 2002, en su artículo 28, modificó el artículo 64 del C.S.T., quedando del siguiente tenor:

“... En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.”

²⁷⁷ El artículo 6 de la ley 50 de 1990 prescribió como tablas para la liquidación de indemnización por despido del trabajador que tenía una relación a término indefinido, las siguientes.

“4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

a). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año;

b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5 del artículo 8 del Decreto - ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.”

²⁷⁸ El artículo 8 del decreto 2351 de 1961. Estableció las tarifas de indemnización en lo que respecta a la terminación unilateral del contrato a término indefinido de la siguiente manera:

“4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

entre la indemnización o el reintegro. Sin embargo, la mencionada Ley 789 de 2002 prevé regímenes de transición para los trabajadores con diez o más años de servicio al momento de entrar en vigencia la mencionada ley.

El caso mencionado del artículo 8 del Decreto 2351 de 1965 en su numeral 5º, en el cual se preveía la posibilidad de reintegro para personas que con diez o más años de servicio fuesen despedidos sin justa causa, se constituye en un ejemplo de estabilidad relativa propia o estabilidad reforzada en la normatividad colombiana.

2.5.5.1 Protección a la mujer embarazada. Respecto de la protección de la mujer trabajadora, acudimos también a un caso de estabilidad reforzada. Al respecto, el convenio C-3 de 1919 sobre la protección de la maternidad establece en su artículo 3 literales a y b, la prohibición de trabajo de la mujer durante un periodo de 6 semanas después del parto y el derecho de la mujer de abandonar el trabajo durante un periodo de 6 semanas, previa exhibición de un certificado médico. Pero es el artículo 4 del Convenio 3 de la OIT, el que establece la protección reforzada de la mujer al prescribir:

-
- a). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año, cualquiera que sea el capital de la empresa;
 - b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes, y proporcionalmente por fracción;
 - c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y
 - d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán treinta (30) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.
5. Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4. literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón a las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización.”

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En Colombia, el artículo 241 del C.S.T. numeral segundo prevé la ineficacia del despido durante los descansos remunerados y licencias planteadas en el capítulo IV del CST, las cual son la licencia de maternidad (art. 236), el descanso remunerado en caso de aborto (art. 237), y el descanso remunerado durante la lactancia (art. 238). De otro lado el artículo 239 del CST establece una indemnización pero no reintegro a favor de la trabajadora cuando el empleador no ha solicitado la autorización de las autoridades para despedirla.²⁷⁹ Al respecto, Jaramillo²⁸⁰ anota el enfrentamiento existente de las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en el que la segunda considera que la estabilidad reforzada para la trabajadora embarazada existe durante el tiempo de embarazo y los tres meses siguientes al parto, por lo que el reintegro y la indemnización concurren. La Corte Suprema dista de dicha posición al considerar que los artículos 239 y 241 regulan hipótesis fácticas diferentes, así: “El artículo 239 prevé la situación de la trabajadora que está trabajando cuando es despedida, o sea, que está desarrollando en condiciones de normalidad su capacidad de trabajo, salvo la natural afectación por su estado de gravidez que no supone en sí mismo un impedimento laboral, mientras que el artículo 241 presupone el estado de incapacidad o situación de licencia de dicha trabajadora, lo que significa que en

²⁷⁹ Consideramos que por razones obvias dicha autorización debe versar sobre despidos fundamentados en las causales de terminación unilateral con justa causa.

²⁸⁰ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Op.cit., p. 125-128.

el momento en que se le comunica el despido tiene afectada su potencialidad laboral y ello la margina de cualquier actividad remunerativa”.²⁸¹

Aunque se está de acuerdo con la Corte Constitucional, planteamos una solución más garantista, ya que debe tenerse en cuenta que la ineficacia del despido previsto en el numeral 2º del artículo 241 se pregona respecto de los descansos remunerados ya mencionados, por ende, en el caso específico de la lactancia, la ineficacia del despido se aplicaría durante los seis meses posteriores al parto y no solo durante las catorce²⁸² semanas de la licencia de maternidad.

2.5.5.2 Protección a personas en estado de limitación.²⁸³ Del despido de las personas en estado de limitación sin autorización de la autoridad competente, la Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 2000 prescribió la concurrencia de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y la ineficacia jurídica del despido. Configurándolo en otro caso de estabilidad relativa propia. Pero dio un paso más allá configurando el derecho fundamental a la estabilidad reforzada de personas con discapacidad. En primer lugar estableció las subreglas definitorias del mencionado derecho en la sentencia T-519 de 2003 al definir qué: i) no existe un derecho fundamental de estabilidad laboral reforzada, pero ii) se puede pregonar de las personas con condiciones físicas o laborales especiales; iii) sin embargo la tutela no prosperará por la simple característica de que se hay desvinculado a una persona con discapacidad; iv) debe probarse que la desvinculación es causada por la discapacidad y como tal es una medida

²⁸¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 11 de 2000. Radicado 13561. M.P. Germán Valdés Sánchez.

²⁸² La ley 1468 de 2011 amplió el periodo de semanas de licencia de maternidad de 12 a 14, pudiéndose disfrutar 2 semanas antes del parto, si así lo desea la madre trabajadora.

²⁸³ Respecto de los trabajadores discapacitados, el Estado colombiano ratificó el convenio 159 de la OIT referente a la readaptación profesional y del empleo de personas invalidas. Convenio que define como invalido a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. En el mencionado convenio los estados firmantes se comprometen a establecer una política de readaptación y empleo de discapacitados, bajo criterios de igualdad de oportunidades respecto de las demás personas.

discriminatoria; v) la tutela es el medio procedente para la protección del derecho de estabilidad reforzada de las personas con discapacidad; y vi) estas pueden ser desvinculadas siempre que exista justa causa y se obtenga la autorización de la autoridad competente. En sentencia T-198 de 2006 la Corte prohibió condicionar el reconocimiento de la calidad de discapacitado o limitado a la solicitud de presentación de un certificado de calificación de invalidez de las Juntas de Calificación Medica y extendió la protección a las personas cuyo estado de salud les impida o dificulte el desarrollo de actividades en circunstancias normales.

En sentencia T-1041 de 2001 al establecer el alcance de la solidaridad, pregonó el deber del empleador de intentar la reubicación del empleado discapacitado, de acuerdo a las sugerencias de salud ocupacional, en un puesto acorde a su estado de salud, antes de solicitar el permiso de despido por justa causa. Así mismo en el fallo T-1083 de 2007 se previó la presunción del despido por causa de la discapacidad, invirtiendo la carga de la prueba al empleador, además de la ineficacia del despido que ya había establecido la Corte. En el mismo fallo se aclaró que la solicitud de permiso de terminación del contrato por justa causa, no solo aplica para contratos a término indefinido, sino también para los contratos a término fijo o por labor, por lo que el amparo no cesa cuando se termina el término o se cumple la labor. La estabilidad laboral se pregonó también de personas que sean portadoras del VIH, tal como lo ha establecido la Corte en sentencias SU-256 de 1996 y T-469 de 2004.²⁸⁴ Al respecto la Corte estima “que el despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del VIH, no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. No existe, pues una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. Si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales hace que el despido

²⁸⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal.”²⁸⁵

De otro lado la Corte Constitucional en sentencia C-079 de 1996, declaró exequible el artículo séptimo, numeral 15 del decreto 2351 de 1965 en cuanto a la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo basado en la justa causa de presentar el trabajador una enfermedad contagiosa o crónica de origen no profesional. Así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para trabajar, cuya curación no haya sido posible durante 180 días. Frente a este aspecto la Corte diferencia al portador del virus VIH y al enfermo de SIDA para dar aplicación al principio de estabilidad. Dijo la Corte:

“Es distinta la situación de hecho regulada por la norma en comento relativa a ‘enfermedad crónica o contagiosa’, en primer lugar, por cuanto, como ya se dijo, la situación de ese portador sano del virus VIH no es calificable ‘enfermedad’, y en segundo lugar por el adjetivo de ‘contagioso’ con que se califica una enfermedad para ser considerada como justa casusa de terminación de la relación laboral, debe entenderse como que tal enfermedad origina un peligro considerable de transmisión en las circunstancias ordinarias de la relación laboral, cosa que, de acuerdo con los conceptos de la ciencia médica en su estado actual, no ocurre con el virus del VIH el cual solo se contagia por relación directa de tipo sexual o por inoculación sanguínea, situaciones estas ajenas a las situaciones de trabajo normales.

“Distinto es el caso del trabajador enfermo de SIDA en quien si se cumplen los supuestos de hecho de la norma en comento y, por tanto, puede ser despedido con fundamento en esta causal.”²⁸⁶

²⁸⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo.

²⁸⁶ *Ibíd.*

Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia mantiene una posición sustancialmente diferente a la expuesta inmediatamente arriba, así:

“... Esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de analizar y definir el tema, fijando su propio criterio, en el sentido de que la 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.”²⁸⁷

Continuando con su posición, la Corte Suprema gradúa el nivel de amparo según la escala de intensidad de la discapacidad, moderada, severa y profunda, la que debe constar en los carnés de afiliación al Sistema de Seguridad Social, tal como lo establece el artículo 5 de la ley 361 de 1997.

2.5.5.3 Fuero sindical. La estabilidad reforzada no solamente se predica de personas con especiales condiciones médicas, como sería el caso de las mujeres embarazadas y personas discapacitadas, sino de personas que “el ordenamiento laboral prevé el fuero como mecanismo de protección del derecho de asociación sindical como garantía de estabilidad reforzada a un grupo de trabajadores pertenecientes al sindicato para tutelar la existencia y funcionamiento de esta

²⁸⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de enero 27 de 2010. Radicado 37514. M.P. Luis Javier Osorio López.

forma de organización”.²⁸⁸ El fuero sindical no solo comporta estabilidad reforzada en cuanto a terminación del vínculo laboral refiere, sino también se presenta como una limitación a atribuciones propias del *ius variandi* del empleador como lo son la posibilidad de trasladar al trabajador y las demás consagradas en el artículo 404 del C.S.T. sin justa causa y autorización del juez laboral. El artículo 406 del C.S.T. establece los trabajadores que gozan del fuero como protección²⁸⁹. El despido de un trabajador aforado sin la autorización del juez laboral, no produce efectos y por ende debe reintegrarse al trabajador. La jurisprudencia constitucional ha extendido tal efecto a los despidos masivos de trabajadores sindicalizados, pero no aforados, cuando se demuestra que la intención del empleador, al hacer uso de su facultad unilateral de terminar el contrato, es asociación sindical y por ende la violación del derecho de sindicalización.²⁹⁰

Como lo anota Jaramillo,²⁹¹ la legislación colombiana también prescribe la estabilidad reforzada a las víctimas del flagelo del secuestro, por lo que la ley 986 de 2005 en su artículo 15 garantiza un vínculo laboral a quienes retornan del cautiverio por un periodo igual al que permanecieron secuestrados, en todo caso no superando el año, para los trabajadores del sector privado, y hasta que se deba el retiro forzoso o cumpla el periodo, para el cual fue electo, del servidor público. Igualmente, la ley 1010 de 2006, o ley de acoso laboral, establece, especialmente para evitar retaliaciones contra el trabajador, la ineficacia de la terminación unilateral del contrato o la destitución de quien denunciase situaciones configurativas de acoso laboral, así como para quienes intervinieran dentro del procedimiento como testigos.

²⁸⁸ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Op.cit., p. 129.

²⁸⁹ Además, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece una protección a los trabajadores que hayan presentado un pliego de peticiones, los cuales no podrán ser despedidos sin una justa causa comprobada.

²⁹⁰ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Op.cit., p. 129-137.

²⁹¹ Ibíd. p. 137-139.

Por último debe anotarse las consecuencias que puede generar la renuncia del trabajador cuando se ha viciado su consentimiento. Ha precisado la Corte Suprema que no es una figura equiparable al despido indirecto o al despido sin justa causa. Que el dolo, la fuerza o el error sean imputables al empleador conlleva a la ineficacia de la renuncia y a la configuración del pago de salarios sin prestación de servicio (Art. 140 C. S. T.), operando el reintegro del trabajador.²⁹²

Resume Guerrero la importancia del principio de estabilidad al manifestar que una estabilidad relativa es una inestabilidad relativa, pero al fin y al cabo inestabilidad.²⁹³

2.5.6 Estabilidad de las condiciones jurídicas. Además de la estabilidad en la relación laboral, según algunos doctrinantes, el principio manda que las condiciones jurídico-legales en que una relación de tipo laboral inicia se mantengan durante la vigencia de esta. Se considera este último alcance del principio de estabilidad bastante complejo, puesto que ha generado la manifestación de dos corrientes que se inclinan, la primera, por la libertad de configuración del legislador y su capacidad de modificar instituciones y derechos que hayan sido usufructuados durante largo tiempo, así como por la fuerza de vigencia de una ley que siempre deroga la anterior, y, la segunda, por reconocer en la norma laboral el fenómeno de ultra actividad de la ley vigente al configurarse la relación laboral cuando la nueva sea claramente desfavorable al trabajador.²⁹⁴

²⁹² Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de septiembre 30 de 2004. Radicado 22842. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

²⁹³ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Óp. cit., p. 83.

²⁹⁴ CONTI, Augusto. Op.cit., p. 49.

2.6 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN LA NORMA LABORAL

También denominado de indisponibilidad de los derechos. Debido a la asimetría en las condiciones económicas del trabajador frente al empleador, el trabajador no puede disponer de sus derechos, siempre y cuando se trate de los denominados ciertos e indiscutibles. El derecho laboral ha querido tutelar la posición del trabajador frente a la del capital, limitando el postulado privado de la autonomía de la voluntad, sobreponiendo el mandato laboral sobre la capacidad de disposición del trabajador; atendiendo a fines sociales que ponderan la dignidad de quienes solo cuentan con su capacidad laboral.

La calidad de orden público de la norma laboral fundamenta la indisponibilidad de los derechos mínimos que establece, a menos que la norma expresamente lo consagre. El trabajador puede renunciar a los derechos que tengan carácter patrimonial, no puede renunciar de forma anticipada, y aun existiendo un consentimiento libre de cualquier vicio, la disposición de sus derechos a través de transacción o conciliación son limitadas por el artículo 15 de la codificación laboral a derechos ciertos e indiscutibles.²⁹⁵

2.6.1 Derechos ciertos e indiscutibles. Pero ¿cuándo se habla de un derecho cierto e indiscutible? La respuesta está dada por la situación probatoria del derecho. “En efecto, cuando este tiene fundamento probatorio, esto es su titular está en condiciones de demostrarlo, sin duda estamos frente a un derecho adquirido indiscutible sea que esté comprendido en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra fuente formal como la convención colectiva, el pacto colectivo, un contrato de trabajo o cualquier otro negocio jurídico laboral. Desde

²⁹⁵ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Op.cit., p. 146-148.

luego que si se está en condiciones de demostrarlo es porque los presupuestos de su existencia están dados”.²⁹⁶

Lo anterior quiere significar que en los derechos ciertos e indiscutibles deben converger dos elementos a saber: uno sustantivo y otro adjetivo. Queriendo decir el primero la preexistencia de una norma que consagre la obligación de forma clara y defina su estructura y elementos. Y en cuanto al elemento adjetivo, la carga probatoria toca aspectos tales como los extremos de la relación laboral, el monto del salario, el tiempo de servicios, entre otros.²⁹⁷ Es decir si el derecho depende de la subordinación será un derecho irrenunciable, pero en los casos de los contratos realidad, donde se discute la existencia de la subordinación, los derechos que se pretenden son objeto de disposición.

La Corte Constitucional sostiene que el principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos y el derecho a la seguridad social, es una forma de protección a los trabajadores. Verbigracia lo manifestado en sentencia T-138 de 2010, en la cual dijo lo siguiente:

“... En torno a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral, conviene repetir:

‘Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador.

²⁹⁶ VALLEJO CABRERA, Fabián. La Oralidad Laboral. Sexta edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2009, p. 82.

²⁹⁷ CONTI, Augusto. Óp. cit. p., 45-46.

Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin *servir a la comunidad*, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser'. La garantía constitucional estriba en hacer efectivas las de orden legal que favorecen al trabajador, quien, indefenso ante el poder del patrono y en razón de sus apremiantes necesidades, podría consentir de manera forzada en renunciar a sus prerrogativas y derechos a trueque del beneficio de un pago pronto que lo saque de apuros.

Es ante esas perspectivas que el Constituyente y el legislador quitan todo valor jurídico a las renunciaciones que provengan del trabajador y que recaigan sobre beneficios legales mínimos, con lo cual se afirma el carácter imperativo de las normas que los consagran y la defensa, a cargo del Estado Social de Derecho, de la parte más débil en la relación contractual".²⁹⁸

Con respecto a los casos en que por liberalidad el empleador reconoce dadas, estas pueden ser revocadas por el empleador, siempre que el trabajador no encuadre dentro de los supuestos de hecho requeridos para hacerse acreedor al reconocimiento. En ese caso el derecho del trabajador tendrá la calidad de adquirido y no de una mera expectativa; porque al empleador "le nace una

²⁹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-138 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

obligación con todas las secuelas que ello conlleva y para el trabajador un derecho correlativo, que ya no puede ser modificado de manera unilateral.”²⁹⁹

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado que:

“Los titulares o beneficiarios de derechos derivados de actos de particulares, o de situaciones jurídicas concretas creados por estos, tienen la potestad para exigir que con anterioridad a que se les prive de un derecho que está produciendo plenos efectos jurídicos, y para cuyo reconocimiento se presumen cumplidos y agotados todos los requisitos legales, estatutarios, etc., se agote un procedimiento que revista de legalidad la decisión de suspender o revocar esos derechos y que, a su vez, le permite conocer y discutir las razones que se esgrimen para su revocación o suspensión, antes de ser despojado de él. Procedimiento que, mientras el legislador no disponga cosa distinta, se cumple cuando se acude ante el juez competente para que sea este quien determine si procede la revocatoria, suspensión o modificación del acto correspondiente.”³⁰⁰

La conciliación y transacción son figuras que permiten la disposición de los derechos de las personas, pero sobre ellas debe anotarse que en materia laboral, solo es válido un acuerdo respecto de un derecho que sea materia de discusión, pues debe prevalecer la imperatividad de la norma laboral, respecto de los derechos ciertos en la relación laboral e irrenunciables como lo son el salario mínimo y las prestaciones sociales.³⁰¹

²⁹⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia 5273 de enero 27 de 1993. M.P. Ernesto Jiménez Díaz.

³⁰⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-466 de junio 16 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³⁰¹ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 145-153.

2.7 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN LABORAL

Es el principio más representativo del derecho del trabajo y del cual, puede decirse, se derivan los demás. Desde el punto de vista constitucional, el principio de protección es un corolario del derecho a la igualdad. Se funda en dos aspectos fundamentalmente: la protección al trabajador debido a las diferencias en el ámbito económico entre obreros y patronos y como forma de equilibrar la relación asimétrica de poder existente entre unos y otros. “El hecho de que una de las partes tenga poder jurídico para subordinar a la otra, es suficientemente indicativo de la naturaleza *sui generis* del contrato de trabajo. De manera que la consagración del principio tuitivo está legitimada por la democracia, obligada por sus postulados fundamentales a adoptar mecanismos de nivelación frente a las diferencias de todo tipo existentes en la sociedad y que de no encontrar un equilibrio amenazarían seriamente la convivencia humana”.³⁰² Del principio de protección se distinguen dos premisas: la protección al trabajador y la protección al trabajo.

2.7.1 Protección al trabajo. En lo que toca con la protección al trabajo, como lo indica, busca proteger la actividad organizada y productiva del hombre, siempre y cuando se trate de una actividad subordinada y no autónoma. Pues aunque las dos formas de trabajo merecen ser protegidas, en países en vía de desarrollo esta actividad subordinada es un bien escaso, teniéndose en cuenta los altos niveles de desempleo y poca cobertura de seguridad social. “De manera que cuando se promulga el principio de protección al trabajo, se hace referencia preferente a la actividad subordinada y también a las mínimas condiciones en que esta debe prestarse, a saber, mediante un contrato que formalice la relación jurídica de las partes, que garantice la cobertura mínima del sistema de seguridad social y que

³⁰² CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 31.

origine el pago del salario y de las prestaciones sociales establecidas por la legislación.”³⁰³

2.7.2 Protección al trabajador. La otra expresión del principio de protección hace referencia a la protección a la persona del trabajador. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 57 establece las obligaciones especiales del empleador de procurar al trabajador locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. A su vez el artículo 216 de la misma normatividad, prevé la denominada por la doctrina y la jurisprudencia, indemnización plena de perjuicios, para referirse aquella a la que está obligado el empleador cuando exista culpa suficiente comprobada de éste en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional. Y es que a decir del autor Conti: “esta obligación, sin duda primordial cuando se le compara con las demás, nace de una realidad inocultable: es el empresario quien coloca al trabajador en el escenario del riesgo, por lo que entonces debe asumir las contingencias que surjan del mismo”.³⁰⁴ Otra expresión de éste principio se encuentra en las obligaciones consagradas en la ley de la seguridad social integral, es decir, en las relacionadas con la obligación del empleador de afiliar a todos sus trabajadores a los riesgos de salud, pensión y riesgos profesionales.

En materia procesal la protección del legislador se vislumbra en diferentes normas del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Así el artículo 5 del mencionado código plantea como fuero general el último lugar de donde se prestó el servicio o el domicilio del demandante, ello a elección del demandante. En otra disposición claramente protectora del trabajador se ha establecido el procedimiento de consulta para las sentencias contrarias totalmente a las pretensiones del trabajador, siempre que ellas no hayan sido apeladas. Pero la

³⁰³ Ibíd. p. 34.

³⁰⁴ Ibíd. p. 32.

disposición más representativa es la facultad *extra* y *ultra petita*, prevista en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social otorgada al juez laboral, quien puede ordenar el pago de sumas mayores a las pedidas o incluso que no se hayan solicitado, siempre que hayan sido probados dentro del proceso.³⁰⁵ De otro lado el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de relación laboral siempre que el servicio se presta personalmente, implicando procesalmente la inversión del *onus probandi* en cabeza del empleador, aunque ello no excluya al trabajador de su obligación de probar los extremos laborales, monto del salario, jornada laboral, trabajo suplementario y hecho del despido cuando se reclama indemnización.³⁰⁶ Así mismo la presunción de la mala fe para efectos de sanción moratoria es muestra de la protección del trabajador en el proceso laboral.

Desde el punto de vista jurídico-técnico se materializa al principio de protección, en su acepción de protección al trabajador, en tres reglas: a) favorabilidad, b) la condición más beneficiosa y c) el *in dubio pro operario*.

2.7.2.1 Principio de favorabilidad. Tiene tres expresiones: i) se prefiere la ley laboral sobre regulaciones diferentes, sean de índole civil, comercial, administrativo, o cualquier otra, que al momento de dirimir una controversia puedan entrar en conflicto con la norma laboral; ii) preferencia de la norma que sea más favorable al trabajador en caso de concurrencia de dos o más disposiciones que puedan resolver el conflicto; y iii) aplicación de la interpretación más favorable al trabajador cuando un precepto llamado a resolver el litigio origine dos o más interpretaciones válidas. Esta última manifestación del principio de favorabilidad es el denominado principio *in dubio pro operario*.³⁰⁷ Las dos primeras

³⁰⁵ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 217-222.

³⁰⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 5 de agosto de 2009, rad. 36549. M.P. Luis Javier Osorio.

³⁰⁷ Por la importancia del principio y por derivarse de criterios de interpretación, en este trabajo lo trataremos independientemente.

hipótesis implican la existencia de normas vigentes, bien que pertenezcan a distintas ramas del derecho o a distintos cuerpos normativos.³⁰⁸ En la tercera se derivan del entendimiento de una norma aplicable a un caso. En todo caso, se deberá escoger la norma más favorable al trabajador (o menos desfavorable) y aplicarla en su totalidad al caso tratado.

La primera expresión no tiene gran dificultad, pues resulta claro que en materia laboral deben preferirse las normas específicas que regulan la relación laboral sobre las que regulan relaciones de otra naturaleza. Ahora bien, si existen dos normas de carácter laboral regulando la misma situación deberá tenerse en cuenta:

a) La vigencia de las normas: pues se trata de un conflicto de normas que regulan la misma situación hipotética y en todo caso la cláusula de exclusión se encuentra en la mayor favorabilidad de una de ellas al trabajador. Se excluye de esta el fenómeno de la ultra actividad, fenómeno objeto del principio de condición más beneficiosa.

b) Aplicación de la norma escogida en su totalidad: la Corte Suprema ha aceptado la posibilidad de aplicar simultáneamente a un caso concreto normas legales y constitucionales, pues con la inescindibilidad³⁰⁹ de la norma escogida lo que se busca es la aplicación de un enunciado hipotético a un caso específico, el que puede ser regulado por dos normas de ese tipo. Sin embargo se mueve la decisión de la Corte dentro de lo que se ha conocido como teoría del conglobamento, que pregona la imposibilidad de fragmentar la norma aplicable para escoger solo la parte favorable al trabajador. La teoría contraria plantea la acumulación de las partes más benéficas de las normas enfrentadas y construir con ellas una tercera norma. Esta teoría es objeto de críticas por plantear la

³⁰⁸ CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 34-37.

³⁰⁹ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Óp. cit., p. 86-88.

creación de una nueva norma por el juez.³¹⁰ La aplicación de esta teoría depende de la independencia que al juez se le otorgue en el sistema jurídico.³¹¹

c) La norma más favorable aplicable al trabajador puede ser de un rango diferente a la desechada. Si la norma legal no es imperativa, puede presentarse conflictos entre normas legales y de otro tipo, caso en el cual se deberá escoger la más favorable.³¹²

Para la Corte Constitucional, en aplicación del principio de favorabilidad, el operador jurídico, debe elegir entre interpretaciones concurrentes razonables y que induzcan a una duda seria y objetiva, la que favorezca mayormente los derechos laborales y constitucionales del trabajador. Así, en palabras del Tribunal Constitucional:

“De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Así, este principio opera no solo en los casos en que existe controversia respecto de la aplicación de dos normas, sino incluso en aquellos escenarios en los que existe una sola norma que admite diversas interpretaciones.

“Esta Corporación, en Sentencia T-545 de 2004, profundizó sobre los elementos del principio de favorabilidad, cuales son: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y, ii) la noción de interpretaciones concurrentes.

³¹⁰ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 160-163.

³¹¹ En nuestro país la Corte Constitucional hace uso de ello, verbigracia como se vio arriba al exponer el derecho fundamental de estabilidad laboral para personas discapacitadas, el cual construyo vinculando garantías otorgadas a los discapacitados con garantías previstas para la mujer embarazada.

³¹² JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 165-167.

“Sobre el primer elemento, la Corte, en dicha providencia, señaló que la duda que se presenta respecto de la aplicación o interpretación de una norma laboral debe ser seria y objetiva, de suerte que no resulta admisible el desplazamiento de una interpretación consolidada para dar prevalencia a otra débilmente emergente que, para el caso, resulte más favorable al trabajador.

“De igual forma, la sentencia aludida, precisó que la seriedad y objetividad de la duda están en función de la razonabilidad de las argumentaciones, esto es, de su fundamentación y solidez jurídica, a la vez que destacó unos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, a saber: i) La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada; y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico.

“Respecto del segundo elemento, la providencia bajo estudio estableció que las interpretaciones que generan duda, además de serias, objetivas y razonables, deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.”³¹³

2.7.2.2 Principio de la condición más beneficiosa. La doctrina en la materia no es completamente pacífica, pues mientras algunos tratadistas consideran que el respeto a éste principio hace referencia a la protección de los derechos adquiridos del trabajador, otros consideran que el objeto de protección recae sobre la expectativa jurídica inminente a adquirir un derecho, por lo que se legitimaría un régimen de transición.³¹⁴

³¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³¹⁴ CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 39.

Para este trabajo, y citando la definición efectuada por Conti, "...el respeto por la condición más beneficiosa gravita sobre la expectativa cercana a obtener un derecho de acuerdo con la ley precedente cuando ésta es más favorable que la posterior, y no sobre un derecho ya consolidado o ciertamente adquirido bajo el imperio de la primera".³¹⁵ Se profesa este principio de una expectativa jurídica inminente, existente en el depositario del derecho laboral; por lo que teniendo en cuenta la característica de tracto sucesivo de la relación laboral, en los eventos en que se sucedan normas se debe garantizar las expectativas legítimas a la obtención de derechos consagrados en las normas derogadas.

Villegas Arbeláez, sostiene que es la "situación frente a la cual se tutela al trabajador que venía disfrutando unas condiciones laborales en virtud de norma anterior, cambiadas por norma nueva, a fin de que en aplicación del principio mínimo fundamental, consagrado en el inciso final del artículo 53 que dice que la ley (...) no puede menoscabar (...) los derechos de los trabajadores (...). El trabajador, por condición más beneficiosa, continuará regulado por la norma anterior."³¹⁶

Existe una confianza legítima y se configura como una prerrogativa de los administrados frente a los cambios de legislación, enmarcándose dentro de situaciones en las que el ciudadano no es acreedor de un derecho adquirido, pero las razones que objetivamente lo llevan a esperar la durabilidad de las disposiciones que lo favorecen, le merecen el apoyo del principio mencionado, cimentado en la buena fe. La relación entre el principio de la condición más beneficiosa es notable y en ese sentido lo anota la Corte Constitucional:

"... El principio de la 'condición más beneficiosa' se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política

³¹⁵ Ibíd. p. 40.

³¹⁶ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho administrativo laboral. Tomo I. principios, estructura y relaciones individuales. Séptima edición. Bogotá D.C.: Legis, 2005. p. 51.

y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, 'la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...'»³¹⁷

Cuando se abordó el tema se dio cuenta de las diferentes posiciones existentes al respecto. Dificultad reflejada en la posición de la Corte Constitucional. Para el autor Jaramillo Jassir, el principio de la condición más beneficiosa se infiere de la redacción del artículo 53 de la C.P., por su falta de consagración en las normas positivas. En ese sentido el autor expone que el mencionado principio "se aplica a supuestos de sucesión normativa para mantener situaciones jurídicas no consolidadas de trabajadores a quienes, si bien no han adquirido determinados derechos, se les debe garantizar la protección de las mismas con el objeto de reducir el impacto social del tránsito normativo en material laboral."³¹⁸

Si bien, como se dijo antes, la relación entre la condición más beneficiosa y la favorabilidad es notable, se presentan diferencias que deben tenerse en cuenta. i) La condición más beneficiosa tiene como regla el respeto de la situación concreta anterior que fue reconocida al trabajador, frente a la nueva norma, siempre que la primera sea más favorable al trabajador. ii) Del principio *in dubio pro operario*, se relaciona y expresa como desarrollo de él; mientras la condición beneficiosa no está expresamente regulada, el principio de *in dubio pro operario* sí.³¹⁹ iii) Respecto de la favorabilidad, se diferencia de ella, en la medida que esta significa

³¹⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³¹⁸ JARAMILLO JASSIR. Iván Darío. Óp. cit., p. 175.

³¹⁹ Ibíd. p. 175-176.

la aplicación en una situación concreta de una norma más favorable al trabajador frente a otra norma, también vigente, no tan favorable al trabajador.

Otra es la posición de la Corte Constitucional, pues para el Tribunal Constitucional, el principio de condición más beneficiosa no se infiere del artículo 53 de la Constitución y por ende tal principio no es aplicable a la legislación laboral, siendo territorio del principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores, que se relaciona con derechos adquiridos y no meras expectativas. En ese sentido se expresa la Corte en sentencia C-177 de 2005, cuyo pronunciamiento para mayor comprensión reproduciremos extensamente:

“La Corte ha establecido que el principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos adquiridos, y no a las expectativas legítimas. Estas últimas pueden, en principio, ser afectadas por las nuevas normas laborales, sin que ello constituya una vulneración del principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores.

De lo anterior se deriva que el alegado principio de la condición más beneficiosa no se deduce del texto del inciso final del artículo 53 de la Carta, razón por la cual tampoco es aplicable a la normatividad laboral.

En este punto debe, pues, insistirse en la idea desarrollada en la sentencia C-168 de 1995 acerca de que la condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plasmada en el principio de favorabilidad en materia laboral. Dijo la Corte en esa ocasión:

“De otra parte, considera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el

principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: 'situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho', precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

“El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: 'En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad'; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del 'in dubio pro operario', según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.

“En este orden de ideas, no le asiste razón al demandante, pues la reiteración que hace el Constituyente en el artículo 53 de que no se menoscaben derechos de los trabajadores, no tiene el alcance que arguye el actor, sino el de proteger

los derechos adquiridos de los trabajadores, mas no las simples expectativas.”³²⁰

Debemos anotar que no concordamos con esta posición de la Corte Constitucional, en el entendido de la diferenciación hecha de la condición beneficiosa respecto de la favorabilidad. En la primera se protege la expectativa legítima de un trabajador respecto de un derecho, frente a una nueva legislación; en ese caso si la norma anterior presenta más beneficios para el trabajador debe aplicarse. La favorabilidad, por otro lado, como se ha dicho refiere a la clausula de exclusión entre dos normas laborales vigentes, aplicables al mismo caso.

Si bien el legislador laboral cuenta con una libertad de configuración amplia, en aplicación del principio de condición más beneficiosa debe proteger las expectativas legítimas de los trabajadores y en todo caso de cambio de legislación laboral deberá establecer un régimen de transición que dé cuenta de tal protección. Pretender que solo pueden protegerse derechos adquiridos, en nuestro parecer, no tiene mucho sentido, por cuanto estos no podrán ser modificados por ningún transito legislativo en la medida que hacen parte del patrimonio del beneficiario. Así, el funcionario judicial, de observar la omisión del establecimiento de una transición legal, y por ende una afectación de una expectativa legitima del trabajador, deberá aplicar directamente el principio, siempre bajo los parámetros de razonabilidad, al caso concreto.

De otro lado, cabe anotar que al principio de la condición más beneficiosa lo protege y desarrolla la norma laboral,³²¹ específicamente en materia de seguridad social en pensiones, al establecerse en los regímenes que han gobernado éste asunto disposiciones de transición para quienes han alcanzado determinada edad o efectuado cierta densidad de cotizaciones, es decir, que en éstos casos, el

³²⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³²¹ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 179-216.

propio legislador reconoce que la nueva norma que regula el derecho pensional es regresiva y, por ende, garantiza el otorgamiento de la prestación a quienes se hallen cerca de su causación. Sin embargo los regímenes de transición se han previsto en tránsitos de leyes propiamente reguladoras de la relación laboral, en especial su terminación.

Como se anotó al momento de tratar la terminación unilateral sin justa causa como la regla de estabilidad relativa en el sistema jurídico colombiano, en las diferentes reformas realizadas a las disposiciones de la materia se ha previsto un régimen de transición para las personas consideradas por la ley con expectativas legítimas. Recordemos que en el artículo 8 del decreto 2351 de 1965, además de tasarse la indemnización correspondiente por despido sin justa causa, se previó en su numeral quinto la posibilidad del reintegro del trabajador en las mismas condiciones de empleo que gozaba y el pago de salarios dejados de percibir, cuando este contara con diez años continuos de trabajo.

La modificación prevista por el artículo 6 de la ley 50 de 1990 eliminó tal posibilidad, sin embargo en el párrafo transitorio fijó la continuidad del reintegro para los trabajadores que a la entrada en vigencia de la ley contaran con diez años de trabajo continuo, a menos de que eligieran someterse al nuevo régimen. Una nueva reforma a las tablas de indemnización por despido sin justa causa se concretó en la ley 789 de 2002, artículo 28. En esta oportunidad, se fija un doble régimen de transición, puesto que a tenor del párrafo transitorio del mencionado artículo: “Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez o más años el primero de enero de 1991”.

Empero, reiteramos, el mayor desarrollo del principio se constata en materia de seguridad social, en especial en lo que a pensiones se refiere. La ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, un cambio no poco problemático (como todos los cambios referentes a seguridad social por la importancia social del asunto). En materia de pensión de vejez,³²² para proteger la expectativa legítima de un grupo de personas, la ley determinó que al momento de su entrada en vigencia los hombres con cuarenta o más años de edad, las mujeres con treinta y cinco o más años de edad, y en todo caso quienes tuvieran quince años de servicio serían acreedores al régimen de transición, razón por la cual se aplicarían los requisitos del régimen al que se encontraran afiliados anteriormente: para los trabajadores privados el acuerdo 049 de 1990, los servidores públicos la ley 33 de 1985³²³ y cuando se tuvieran aportes tanto en el sector público como privado la ley 71 de 1988. Aplicándose los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. En todo caso debe tenerse en cuenta que el régimen aplicable por transición será el inmediatamente anterior.

No obstante con el acto legislativo 01 de 2005 en su parágrafo transitorio se establece que el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 no podrá extenderse hasta el 31 de julio de 2010, con la excepción de quienes a la fecha de vigencia de dicho acto llevaran 750 semanas cotizadas o su equivalente

³²² La ley 100 de 1993 en su artículo 36 establece: “La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

³²³ La ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición en el parágrafo segundo del artículo primero, disponiendo que los empleados oficiales que a la fecha de la ley hubiesen cumplido quince años continuos o discontinuos de servicio, se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a ella.

a años de servicio, casos en los cuales el régimen de transición se prolonga hasta el año 2014.³²⁴

Otra expresión del principio, en este caso de alcance judicial no legislativo, la encontramos respecto de las pensiones de invalidez y sobrevivientes. La ley 100 reguló la aplicación del antiguo régimen por ser más beneficioso, en las pensiones de vejez, pero no hizo lo mismo respecto de las otras pensiones. “Sin embargo, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa la Corte Suprema de Justicia ha estructurado la garantía de aplicación de la normatividad anterior para aquellos afiliados que habían cumplido con los requisitos de causación del derecho a la pensión de invalidez en cuanto a densidad de semanas anteriores a la ley 100 de 1993, pero que no cumplen con los requisitos de fidelidad al sistema con posterioridad a esta misma ley.”³²⁵

Específicamente respecto de la aplicación del principio de la condición beneficiosa en el tránsito de la ley 100 de 1993 a las leyes 797 y 860 de 2003, la Corte Suprema de Justicia formó un criterio de la no aplicación del mismo, al considerar que la ley 100 establece exigencias superiores en lo relacionado con la densidad de cotizaciones, una vez declaradas inexecutable las exigencias de fidelidad de las mencionadas leyes 707 y 860 de 2003 por la Corte Constitucional.³²⁶ Enfatiza, así mismo, la Corte Suprema que no es dable en virtud del principio de la condición más beneficiosa aplicar en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003 las disposiciones del acuerdo 049 de 1990, aun cuando el afiliado hubiese acreditado el número de cotizaciones para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en

³²⁴ PUYANA SILVA, Alfredo. El Sistema General de Seguridad Social: El subsistema de pensiones. En: Manual de Derecho Laboral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 617

³²⁵ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 187.

³²⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de febrero 4 de 2009, radicado 35306. M. P. Eduardo López Villegas.

dicha normatividad.³²⁷ Lo anterior en razón a que el acuerdo 049 no sería la norma inmediatamente anterior.

Sin embargo la ley 797 de 2003 en su parágrafo primero prescribe que cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en el tiempo anterior a su fallecimiento sin que hay tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos, de que trata el artículo 66 de la misma ley, los beneficiarios tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de esta ley. Es decir, el legislador en la norma mencionada en aplicación de este principio favorece a los beneficiarios de un afiliado que cotizó el número de semanas mínimo que establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993, adicionalmente de acuerdo a la corte Suprema de Justicia también tiene aplicación para el afiliado beneficiado con el régimen de transición de la ley 100 de 1993,³²⁸ es decir al que se le aplica el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

De otro lado la Corte, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicó los requisitos exigidos por la ley 860 y 797 de 2003 para el otorgamiento de la pensión de invalidez y sobrevivientes aplicando los exigidos por el artículo 39 y 46 originales de la ley 100 de 1993, en casos concretos donde la omisión de una transición comporta una violación a los derechos de los asociados, a quienes les pertenece una expectativa legítima. A decir de la Corte:

“Las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas en las Leyes 797 de 2003 y 860 de 2003, se muestran injustificadamente regresivas pues imponen requisitos más gravosos para acceder a la prestación; no están fundadas en razones suficientes que faculden al Congreso para

³²⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de febrero 23 de 2010. Radicado 36892. M.P. Eduardo López Villegas.

³²⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 12 de 2011. Radicado 41762. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

disminuir el nivel de protección; afectan a personas de avanzada edad y discapacidad, sujetos de especial protección por parte del Estado; no contemplan medidas para evitar la afectación desproporcionada de intereses jurídicos, entre ellos un régimen de transición. La afectación se aprecia por la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación.”³²⁹

2.7.2.3 Principio de in dubio pro operario. En caso de diferentes interpretaciones de la misma norma, se debe preferir la interpretación que favorezca al trabajador. Es la principal diferencia con los principios antes tratados, los que suponen la existencia de dos normas. La positivización del *in dubio pro operario* se da a nivel constitucional con su consagración en el artículo 53 de la Carta Magna. Debe precisarse el alcance del presente principio.³³⁰

a) Depende de un conflicto de interpretación de la fuente formal del derecho. Sin embargo ello no implica que sean permitidas interpretaciones que no pueda soportar el tenor literal, por lo que el juez no puede desconocer la ley.

b) Se profesa de la interpretación de las normas sustanciales, es decir debe existir un conflicto jurídico, no se pregonan de conflictos de valoración probatorios.

En este aspecto la Corte Suprema considera que en caso de duda debe atenderse lo más favorable al trabajador y este principio no puede proceder frente a la pretensión de escoger unos testimonios sobre otros y la prueba documental que sirvieron como fundamento a la decisión del fallador, puesto que la duda que obliga al juez a escoger la interpretación más favorable es la que se presenta de una norma jurídica, cuando encuentre al menos dos entendimientos válidos para

³²⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³³⁰ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 167-172.

aplicar al caso concreto; debiendo anotar la que mas beneficie al trabajador, pero nunca respecto a supuestos de incertidumbre en la valoración de una prueba.³³¹

Sin embargo tal postura puede ser objeto de valoración, dependiendo de casos particulares y atendiendo a la protección que establece el ordenamiento laboral al trabajador en reconocimiento de su posición en desventaja frente al empleador. En ese sentido, la Corte Constitucional se ha manifestado en aplicación del principio *in dubio pro operario* en aspectos probatorios, al fallar un caso de contrato realidad por intermedio de la tutela:

“El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales es herramienta fundamental para determinar la presencia de los elementos sustanciales que configuran una relación laboral entre un trabajador y su patrono. La Sala considera que a partir de la afirmación realizada por el demandante en relación con el tiempo laborado en EMCALI, y exclusivamente para efectos de dar solución a la solicitud de amparo, la Sala de Revisión entiende que entre la Empresa Emcali y el accionante existió una vinculación de tipo laboral por el tiempo que afirma el accionante, dado que (i) existen indicios probatorios, como ya se expondrá, no hay prueba en contrario de la existencia de la relación, y (ii) el demandado – EMCALI- no negó tal relación de manera expresa. Esta conclusión se apoya principalmente en el principio constitucional *in dubio pro operario*, según el cual, se impone al operador jurídico el deber de dar a las fuentes formales del derecho una lectura que tenga en cuenta los principios constitucionales sobre protección al trabajo, de tal manera que cualquier duda sobre su aplicación e interpretación sea absuelta a favor del trabajador. En el caso concreto, la Sala de revisión encuentra aplicable este principio constitucional a favor del accionante, por las razones que a continuación se exponen. La determinación de la naturaleza del vínculo laboral, por supuesto, no es un asunto que, en principio, corresponda definir al juez de tutela. No obstante, como se trata de evitar la configuración de

³³¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 5 de 2009, rad. 36549. M.P. Luis Javier Osorio López.

un perjuicio irremediable y prevenir la vulneración de los derechos fundamentales de una persona de 89 años, sujeto de especial protección y a quien no se le reconoció su pensión de jubilación pese a que al parecer trabajó durante 20 años, la Sala considera necesario analizar si, en el presente caso, los elementos indiciarios permiten inferir la existencia de una relación laboral, para efectos de la determinación de la procedencia del amparo tutelar, partiendo de los elementos fácticos del caso en cuestión.”³³²

2.8 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Su regulación se fundamenta en el artículo 48 de la Constitución Política, que prescribe el derecho irrenunciable a la seguridad social y obliga al Estado a la ampliación progresiva de la cobertura del sistema. No puede pregonarse la existencia de un sistema pétreo, pues la progresividad conlleva una naturaleza racional. Si bien el principio de progresividad se relaciona con el principio de la condición más beneficiosa, son diferenciables, mientras aquel se dirige a circunscribir parámetros al legislador, este se dirige principalmente al operador jurídico (aunque no totalmente, como se comprueba en las transiciones establecidas por ley) y se identifica en los tránsitos normativos. El desarrollo del principio de progresividad es principalmente de la doctrina constitucional.³³³ Es una característica más del carácter paternalista del derecho del trabajo y en especial de la jurisprudencia, por el cual “la amplia libertad de configuración del legislador en la materia se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad.”³³⁴

³³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Debe tenerse en cuenta que en El presente caso La Corte Constitucional resuelve un caso laboral El cual en principio no es objeto de ser resuelto en sede tutela, a menos de que se trate de violación de derechos fundamentales. Como las reglas procesales de confesión Del procedimiento laboral no son aplicables AL procedimiento de tutela, La Corte arriba a darle un valor probatorio a La afirmación Del trabajador Del tiempo laborado en virtud Del principio in dubio pro operario.

³³³ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 245-247.

³³⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-663 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La progresividad en las relaciones laborales no solo implica el mantener las conquistas del trabajador, sino su mejoramiento, pero situaciones como “una novación contractual legítima o de la existencia de razones extremas y que puedan configurar una hipótesis de excepción o una de aquellas donde pueda hablarse de diferenciación razonable”³³⁵ justifican el cambio de las condiciones. Más allá de ello, el desmejoramiento de las condiciones del trabajador atenta contra el principio.

2.8.1 Progresividad y razonabilidad del desmejoramiento de las condiciones.

Como se mencionó, el análisis de la razonabilidad de la reforma matiza el entendimiento del principio de progresividad, pues en los casos de los derecho consagrados y que “requieren soportes financieros de sistemas legalmente establecidos (como el sistema pensional), se puede presentar una situación en la que se comprometen los intereses de quienes consolidan el derecho en el presente y quienes contribuyen para en un futuro tener acceso a él; de manera que las reformas que propenden por el equilibrio del sistema, si bien en gran parte son regresivas, son admisibles para garantizar el derecho de la colectividad y de las generaciones futuras.”³³⁶

Respecto al principio de la progresividad en el ámbito de la seguridad social, resulta oportuno citar a la Corte Suprema de Justicia, así:

“...No desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.

³³⁵ CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 51.

³³⁶ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 247.

“El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

“Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3º del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que “3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada”.³³⁷

La Corte Constitucional ha sostenido el carácter problemático de una reforma del sistema de seguridad social, pues debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 48 de la C.P. y los compromisos internacionales que ha suscrito el Estado colombiano. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que en los casos de cambio de normatividad que implique el cambio de condiciones a los trabajadores el legislador debe fundamentar el desmejoramiento i) justificadamente de acuerdo al principio de proporcionalidad, ii) la previsión de regímenes de transición para proteger expectativas legítimas y iii) que la medida no afecte derechos adquiridos o situaciones concretas. A continuación

³³⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 7 de 2010, rad. 38836. M.P. Eduardo López Villegas.

transcribimos un pronunciamiento reciente de la Corte donde expone lo que hasta acá se ha dicho:

“La Constitución Política dispone claramente en sus artículos 48, 49 y 53 que la seguridad social tiene una doble connotación jurídica: por una parte es un derecho irrenunciable y por la otra, es un servicio público obligatorio...

“... Ahora bien, como lo señala el mismo artículo 48 Superior, la prestación de la seguridad social se soporta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad, haciendo especial énfasis en este último, en tanto responde a los compromisos que en el ámbito del derecho internacional adquirió el Estado colombiano, al suscribir convenciones como la de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – ‘Protocolo de San Salvador’-, impidiendo que estos derechos tengan un desarrollo regresivo respecto de los niveles de protección alcanzados en el marco de normatividades anteriores...

“... Es claro entonces, que cualquier regulación normativa que no integre mayores beneficios de protección a los derechos que integran la seguridad social, se entenderán como contrarios a la Constitución, y ello supondrá entonces, el desconocimiento de otro de los principios fundamentales de la Seguridad Social, como es el de la universalidad, entendido este, como la posibilidad de que contenidos mínimos de esos derechos prestacionales deban garantizarse en igualdad de posibilidades a un número cada vez mayor de personas...

“... Con todo, el que el legislador cree o modifique algunos requisitos para acceder a tales derechos prestacionales, con el fin de asegurar una mejora material cuando estos sean reconocidos, no puede ser entendido como una conducta legislativa regresiva...

“... Como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas’.

“De esta manera, la incorporación del principio de progresividad en el texto de la Constitución Política en su artículo 48, garantiza indefectiblemente que la ampliación en la cobertura en seguridad social, solo se alcanzará cuando se haya dado una cobertura universal de los contenidos mínimos de los derechos sociales consagrados constitucional y legalmente.”³³⁸

Al imprimir la obligación al legislador de proteger las expectativas legítimas de las personas en materia laboral y de seguridad social, el principio de progresividad converge con el principio de condición más beneficiosa.

2.8.2 Progresividad y condición más beneficiosa. Como ejemplo del desarrollo del principio de progresividad y su relación con el principio de la condición más beneficiosa, expondremos la posición de la Corte Constitucional al tratar el tema de la exigencia de fidelidad al sistema contenido en la ley 860 de 2003. La Corte

³³⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-509 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

inaplicó vía excepción de inconstitucionalidad la ley 860 de 2003, en sede tutela, en los casos en que los accionantes, aun cumpliendo el requisito de semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, no les era reconocido el derecho por no cumplir con el requisito de fidelidad exigido en la norma³³⁹, debiéndose aplicar el artículo 39 de la ley 100 de 1993³⁴⁰, norma anterior y considerada más favorable. Tal exigencia de fidelidad fue declarada inexecutable por La Corte tanto en la ley 860 de 2003³⁴¹ y en la ley 797 de 2003,³⁴²

³³⁹ La ley 860 de 2003, a través de su artículo primero modificó las disposiciones en materia de invalidez de la siguiente forma..

"El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."

El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

³⁴⁰ Rezaba la norma original:

"Artículo 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley."

³⁴¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁴² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

que modificó los requisitos para obtención de pensión de sobrevivientes, por ser regresivas y no atender al principio de progresividad.³⁴³

2.9 PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, significa que en el derecho laboral solo se le otorga eficacia a los actos cuyas formalidades coincidan con su ejecución real. Es decir, la eficacia deriva de la relación de coincidencia entre los elementos formales y reales. Su existencia se sigue de la importancia del mundo del ser dentro del derecho laboral, en el cual las argucias y engaños son constantes. Aunque su principal manifestación es el contrato realidad, el principio de realidad se verifica, también, en las cláusulas de exclusión de factores salariales.³⁴⁴ A continuación estudiaremos las dos expresiones:

2.9.1 Cláusulas o pactos de exclusión. Todo pago percibido por el trabajador en contraprestación de su trabajo es constitutivo de salario. Característica que se profesa de las prestaciones enunciadas en el artículo 127 del C. S. T. el cual considera como salario, no solo a la asignación mensual, sino a primas, bonificaciones habituales, compensación de trabajo suplementario, pagos sobre ventas y comisiones. Sin embargo las partes en uso de la autonomía de la voluntad pueden pactar beneficios habituales u ocasionales excluyéndolos de tal calidad salarial. Además de ello el artículo 128 del C. S. T. clarifica que los pagos otorgados de forma ocasional y por mera liberalidad del empleador.

La exclusión de pagos realizados por el empleador al trabajador de la liquidación de prestaciones sociales fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-521 de 1995, en ella la Corte declaró la exequibilidad de apartes de los artículos

³⁴³ JARAMILLO JASSIR, Iván Darío. Óp. cit., p. 253-258.

³⁴⁴ Ibíd. p. 227-244.

15 y 16 de la ley 50 de 1990, modificatorios de los artículos 127 y 128 del C.S.T. Consideró la Corte respecto de tales cláusulas:

“Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter. Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución, en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”³⁴⁵

Sin embargo la validez de tales estipulaciones se encuentra supeditada a que se lleven a cabo dentro de los límites señalados por los principios de indisponibilidad de los derechos mínimos y primacía de la realidad. Por ende la celebración de cláusulas de exclusión salarial que desconozcan el principio de la realidad correrán la suerte de tornarse ineficaces.³⁴⁶ Al respecto la Corte Suprema ha pregonado que si las partes:

“... Acordaron como valor adicional de carácter extralegal, no constitutivo de salario, entre otros conceptos, un porcentaje en el valor de las ventas netas en algunos productos, recaudadas mensualmente por el trabajador, al que denominaron ‘incentivo’, pero que realmente son comisiones y así las llamó la

³⁴⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁴⁶ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 231-244.

empresa al liquidarlas; dicho convenio y denominación, no pueden quitarle el carácter de salarial que tienen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que hace que dicha cláusula se torne ineficaz.”³⁴⁷

2.9.2 El contrato realidad. En diferentes situaciones la realidad muestra que detrás de la figura de un contrato de prestación de servicios o cualquier otra vinculación insubordinada, se esconde una verdadera relación laboral. Para que exista una relación laboral se requiere la concurrencia de los elementos esenciales previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: a) que el trabajador preste personalmente el servicio; b) la dependencia o subordinación continuada del trabajador respecto del empleador; y, c) el salario como remuneración del servicio. Si concurren los elementos mencionados, no importa la denominación del contrato celebrado, la relación será laboral.

Con el fin de desnaturalizar una relación laboral, los empleadores, en especial el Estado, recurren a formulas imaginativas como la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, *outsourcings*, contratos civiles, cotización a seguridad social por sumas menores a las devengadas, entre otras. La consagración del principio de primacía de la realidad implica una forma de contrarrestar los maquillajes de los elementos esenciales del vínculo laboral y obligar al funcionario judicial a llevar a cabo su función exhaustivamente, respecto de las condiciones en que se prestó el servicio y sus reales implicaciones, más allá de lo que las partes pactaran. La principal expresión del principio se encuentra en la presunción de relación laboral a toda prestación personal de servicios y la correspondiente inversión de la prueba de la subordinación, compitiéndole desvirtuarla al empleador.³⁴⁸

³⁴⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 27 de abril de 2010, radicado 37469. M.P. Luis Javier Osorio López.

³⁴⁸ CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 52.

La verificación de la relación laboral se lleva de una forma posterior, por lo que la solución de cada situación concreta se verifica en la evaluación fáctica de la prestación del servicio, sin importar el tipo de actividad que ejercía el trabajador, bien fuera una profesión liberal, asesoría o cualquier otra asimilada por estereotipo a una profesión libre de subordinación, lo que hace muy difícil una solución *a priori* del caso, por lo que el juez debe recurrir a formulas que le permitan determinar la relación laboral, tal como la precedencia de contratos laborales a un contrato de prestación de servicios civil.³⁴⁹

Así mismo deberá tenerse en cuenta que la presentación de cuentas de cobro no desdibujan la relación laboral, así como la aceptación de la forma de vinculación, el pago de anticipos, el pago a través de una persona jurídica y la falta de reclamo durante el desarrollo del contrato, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación laboral.³⁵⁰ En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia ha clarificado en el caso los trabajadores oficiales que el predominio de la labor intelectual sobre la material en nada influye para establecer su naturaleza por el desempeño de labores relacionadas con la construcción y el mantenimiento de obras.³⁵¹ En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Es claro que el constituyente de 1991 quiso garantizar a los trabajadores el derecho a beneficiarse de las prerrogativas de las cuales son verdaderamente acreedores y, entre otras razones, por ello otorgó el carácter de constitucional al principio de primacía de la realidad, por razón del cual la declaración que se haga de la existencia de una verdadera relación laboral no tiene un mero carácter declarativo sino que su finalidad es objetivamente resarcitoria, y, de ser posible, también restaurativa, habida consideración de que la cabal utilización de ese principio propende porque los trabajadores afectados por un

³⁴⁹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Óp. cit., p. 227-229.

³⁵⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, radicado 35822. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

³⁵¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 7 de diciembre de 2010, radicado 36761. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

sistema de contratación que no se aviene a las condiciones en que son o fueron prestados los servicios personales subordinados reciban las prebendas y garantías laborales de las que son beneficiarios por ministerio de la ley y, naturalmente, las que puedan derivar de la contratación colectiva, si es del caso”.³⁵²

La Corte Constitucional ha hecho efectivo el principio de realidad en uso del amparo, siempre que con la violación del principio se afecten derechos fundamentales del trabajador, como lo es el mínimo vital:

“... Como se ha venido diciendo, cuando está de por medio una garantía consagrada en la Carta, que pueda ampararse por medio de la acción de tutela, resulta imprescindible que el juez constitucional indague si en el caso concreto existe un ocultamiento de una relación laboral. Lo anterior, por cuanto en caso de probarse esa situación y evidenciarse un incumplimiento en el pago de salarios, se adecuaría la situación fáctica a las premisas normativas señaladas por esta Corporación en las decisiones señaladas.

“... Para ello, resulta forzoso que para probar la existencia de una relación laboral, el juez de tutela verifique si en el caso concreto hay una relación de subordinación y un factor salarial. Estos son los dos elementos esenciales que permiten diferenciar una relación laboral de una civil o contractual.”³⁵³

La Corte reitera en este caso la inversión de la carga de la prueba, pues es al empleador al que le compete probar que el trabajador no prestó sus servicios personalmente; así mismo reitera, el hecho de que la profesión sea una profesión liberal o no corresponda a una actividad que normalmente se realice bajo subordinación, si ella existe el juez estará ante una situación en la que la realidad deba prevalecer sobre las formas:

³⁵² Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de septiembre 1 de 2009, radicado 33759. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

³⁵³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-638 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

“... Si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser quien deba demostrar la subordinación jurídica...”

... El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.”³⁵⁴

Respecto de los documentos que contravienen la realidad laboral, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que aunque la elaboración de estos documentos de tipo contractual se haya verificado de “buena fe o con todas las apariencias de legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad de la relación jurídica analizada, si contradice lo que informan los aludidos documentos”.³⁵⁵

A juicio de Conti y respecto de los pronunciamientos de los jueces en los casos donde se ve en peligro el principio de primacía de la realidad:

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 5 de 2010, radicado 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

“La función de dispensar justicia se expresa de distinta manera en cada momento histórico de acuerdo con la forma de configuración del derecho. Ahora, cuando imperan las modalidades ‘tercerizadas’ de contratación – acogidas por los empleadores como una verdadera panacea-, hay muy pocos jueces dispuestos a aplicar el principio de primacía de la realidad sobre la forma con todas las adehalas resarcitorias que acarrea, proceder que parece inconsecuente no solo con las leyes que gobiernan la materia sino con el estado de miseria que agobia los trabajadores del Tercer Mundo.”³⁵⁶

El principio de la realidad sobre las formas instruye al juez en la inaplicación de normas que regulen situaciones desnaturalizantes de la relación laboral y en ese sentido aplicar la norma laboral que regula tal situación, reivindicando los derechos del trabajador, tal como se puede observar en los casos de reconocimiento de los llamados contratos realidad. Pero también predica la inaplicación de normas laborales de tipo convencional o de otro tipo que pretendan ocultar las realidades fácticas de la relación laboral, lo que puede ocurrir con las cláusulas de exclusión de pagos como salario. En ese caso el operador jurídico debe hacer prevalecer el principio constitucional a favor del trabajador.

³⁵⁶ CONTI, Augusto. Óp. cit., p. 53.

3. LOS PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES EN PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BUCARAMANGA

Determinamos el papel que los principios del artículo 53 de la Constitución Política cumplen como mandatos de optimización en el sistema jurídico colombiano, por tener una clara vocación de aplicabilidad a los casos concretos, además de servir como límite de la libertad de configuración del legislador. Analizándose las diferentes características que presentan, así como las consecuencias de su aplicación cuando se enfrentan a otro principio o norma del sistema colombiano.

A continuación mostraremos la posición de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga respecto de temas que se mostraron problemáticos al profundizar sobre los principios consagrados en el artículo 53 de la C.P., en especial en los puntos en que las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional son contrarias.

Para ello se tuvo acceso al cuaderno de providencias de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, así como, al índice de la Relatoría del Tribunal, escogiéndose algunas sentencias dictadas dentro de procesos ordinarios laborales representativas de la posición del Tribunal al momento de decidir respecto de los principios tales como remuneración mínima, vital, móvil y proporcional, estabilidad de la relación laboral, equidad en la remuneración, indisponibilidad de los derechos mínimos, condición más beneficiosa, progresividad y contrato realidad. Así mismo se escogieron casos que dieran cuenta de las diferentes relaciones convergentes entre principios al momento de aplicar o inaplicar una norma laboral. En el mismo sentido se prefirieron fallos recientes en los que se mostraran algunos cambios de posición de la sala laboral del Tribunal respecto de condena a pago de indemnización moratoria en contratos realidad y la inaplicación vía excepción de

inconstitucionalidad de normas reguladoras de pensión de invalidez y sobrevivientes, por su importancia práctica.

3.1 SALARIO IGUAL, TRABAJO IGUAL

En providencia del 9 de junio de 2011 dentro del proceso radicado 2010-00465, con ponencia del Magistrado Henry Lozada Pinilla, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, resolvió en segunda instancia, la demanda formulada por Emilio Chogo Mandón contra la sociedad Redeventas de Bucaramanga S.A., con el objeto de que se declarara la existencia entre las partes de un contrato de trabajo, y se condenara a la demandada al pago del reajuste salarial consagrado para el cargo de *representante de ventas máster*, en aplicación del derecho a la igualdad, sobre el salario devengado para tal cargo, entre otros. Como fundamento de sus pretensiones, el actor alegó que:

“(ii) que se desempeñó como representante de ventas; (iii) que el salario se fijó por comisión por ventas con un sueldo básico de \$352.600 para el 2004; \$360.000 para el 2005; \$380.000 en el 2006 y 2007; de \$400.000 para el 2008, sumas que representaban el 40% del sueldo, pagaderos quincenalmente, por el cargo de VENDEDOR MASTER terminando con un sueldo de \$1.000.000 mensuales, *‘que para su cargo y en igualdad de condiciones con otros empleados que ocupan el mismo cargo es más bajo’*; (iv) que para los años 2006 y 2007 no se le incrementó el sueldo sino al contrario se le disminuyó, razón por la cual, ante su reclamo, le aumentaron \$20.000 mensuales, quedándole, aún así, el sueldo más bajo que el establecido para el VENDEDOR MASTER que es de \$1.150.000; (v) que ante los reclamos efectuados le cancelaron \$500.000 *‘argumentándose que era lo que le correspondía por no haberle subido el sueldo por los años 2006 y 2007’*; (vi) que ... siempre fue catalogado como el mejor vendedor llegando a ser VENDEDOR MASTER; ... (ix) que de los hechos narrados, también es claro que se produjo *“acoso laboral”* para que presentara la renuncia, la que se

evidenció al mantener el mismo salario por muchos años y al desconocer ‘*su categoría de VENDEDOR MASTER*’ violándole el principio de igualdad por cuanto este cargo lo ocupaban otros compañeros con un salario de \$1’100.000 superior al recibido;..”

Recordemos que al analizar el principio de igualdad en los casos de nivelación salarial, se diferenciaron dos posiciones: una en cabeza de la Corte Constitucional y otra en cabeza de la Corte Suprema de Justicia; donde la principal diferencia radica en que la primera invierte la carga de la prueba en cabeza del empleador, a quién le correspondería demostrar que la diferenciación en la remuneración obedece a criterios razonables de calidad y cantidad de trabajo, sin relevar al trabajador de probar el criterio de comparación. De otro lado, la Corte Suprema de Justicia se mantiene en la posición de obligar al trabajador a demostrar la discriminación.

Para resolver la controversia, el Tribunal consideró que dentro del proceso no obraban las pruebas que demostraran los hechos alegados por el demandante, y que consecuentemente, fundamentaran su pretensión específica de nivelación salarial con el cargo Vendedor Máster. Dijo así la Corporación:

“El demandante busca que se le remunere como ‘*Vendedor Máster*’ por desempeñar las funciones previstas para ese cargo; sin embargo, no demostró que en la empresa demandada existiera en su planta de personal dicha categoría de empleo; en caso de que existiese, la remuneración o salario asignado al mismo y, mucho menos, las funciones asignadas a él. Al no haberse demostrado que el accionante cumpliera iguales funciones a las de un trabajador específico que ostentara un cargo de superior categoría, como lo era el de “*Vendedor Máster*”, es claro que la examinada pretensión de reajuste salarial no podía salir avante; pues, iterase, lo que acá se pretende es una nivelación por razón del cumplimiento de funciones iguales a las de otro cargo superior”.

En otro fallo (marzo 4 de 2010) el Tribunal, con ponencia del doctor Henry Lozada Pinilla, al resolver la consulta dentro del proceso radicado 2005-00488, ante la pretensión del demandante de nivelación salarial con respecto de otro trabajador que a su juicio desempeñó “las mismas labores, al servicio de la entidad demandada, que cumplieron el mismo horario con una responsabilidad idéntica, pero con diferente remuneración mensual”, absuelve al demandado Departamento de Santander ya que:

“No es suficiente mencionar que una persona ocupa igual puesto que otra y en la misma jornada, sino que es necesario probar que lo hizo en condiciones de igualdad en cuanto a que este principio no significa una equiparación automática en material salarial para todos los trabajadores, ya que la simple similitud en el cargo no es fundamento suficiente. De no ser así el principio de la norma legal precitada quedaría limitado ‘*a puesto igual, salario igual*’... Se exige, por lo tanto, una comparación razonada y explicada, habida cuenta que, una cosa es la discriminación y otra muy distinta el trato diferente. Este último es permitido si se encuentra plenamente justificado en forma objetiva y razonable; y, en relación con el salario el aval constitucional de que goza por disposición del artículo 53 de la Carta, al señalar que la remuneración de un trabajador depende del grado o nivel que se encuentre, puesto que para ello el Estado ha implementado una serie de requisitos que deben ser llenados por aquellas personas que deseen ingresar a ocupar cargos dentro de las entidades estatales.”

Como se recordó, la definición de quien debe probar la discriminación es objeto de discrepancias entre las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, las que se muestran en el siguiente cuadro, así como la posición adoptada por el Tribunal:

Cuadro 1. Posición carga de la prueba discriminación salarial.

Corte Constitucional	Providencia Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral		Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral
Invierte carga de la carga de la prueba en cabeza del empleador, a quién le correspondería demostrar que la diferenciación en la remuneración obedece a criterios razonables de calidad y cantidad de trabajo, sin relevar al trabajador de probar el criterio de comparación (t-461/98).		9 de junio de 2011, radicado 2010-00465 4 de marzo de 2010, radicado 2005-00488	Incumbe al trabajador, cuando alega ser víctima de una retribución discriminatoria, allegar al proceso las pruebas que demuestren la igualdad de puesto, jornada y desempeño; no, al empleador. Ello basado en el principio que establece que a cada parte le corresponde demostrar lo que alega (sentencia 22 de julio de 2009, radicado 32249).

Pese a la carencia de pruebas que sustentaran las pretensiones de los demandantes, los pronunciamientos del Tribunal entrevén la apropiación de la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia, al ratificar el deber del accionante de demostrar la discriminación. Específicamente en el primer caso, porque: i) no se demostró la existencia del cargo Vendedor Máster ni tampoco que fuera desempeñado por otro trabajador dentro de la empresa, no cumpliendo con demostrar el parámetro de comparación; y ii) mucho menos demostró que desempeñara las funciones del llamado cargo Vendedor Máster que lo hicieran acreedor a la pretendida nivelación salarial.

Respecto del segundo caso el demandante solo se limitó a mencionar que ocupaba el mismo cargo, cumplía las mismas labores, en el mismo horario, pero con un salario inferior. Para el Tribunal es claro que quien alega encontrarse ante una discriminación salarial debe cumplir no solo con demostrar que las labores fueron desempeñadas en condiciones de igualdad a las desempeñadas con

quien se compara, sino que el trabajador debe probar que la diferenciación en el salario corresponde a una discriminación. La Corte Suprema de Justicia avala esta exigencia manifestando que “siguiendo las reglas generales de la carga de la prueba, correspondía al actor demostrar la discriminación”.³⁵⁷

La posición de la Corte Constitucional, expuesta en el segundo capítulo del presente trabajo, es mas garantista en aplicación del principio de igualdad y en especial de la prohibición de cualquier tipo de discriminación, al establecer que basta la alegación del trabajador de encontrarse ante una situación de discriminación y aportar el parámetro de comparación para que sea el empleador quien deba probar que su actuación no fue discriminatoria. No obstante ello la Corte ha manifestado que es obligación del trabajador aportar el parámetro de comparación,³⁵⁸ pues sin él no es posible determinar discriminación alguna. Pues como lo ha dicho la Corte: “si el trabajador aporta los indicios generales que suministre un razonamiento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato.”³⁵⁹

3.2 REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL

En sentencia de febrero 4 de 2010, radicado 2009-0189, con ponencia del magistrado Henry Lozada Pinilla, el Tribunal expresa su posición respecto de la no existencia de ninguna norma que le permita a un juez ordenar el incremento salarial, ante la solicitud del demandante de la nivelación por ajuste salarial, debido a que desde el año 2001 su asignación no fue ajustada,³⁶⁰ de acuerdo a lo estipulado en el artículo 4 de la ley 4 de 1992, en un porcentaje igual o superior al

³⁵⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 23 de enero de 2007, rad. 27224. M.P. Eduardo López Villegas.

³⁵⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³⁶⁰ El demandante devengaba una asignación superior a dos salarios mínimos mensuales.

IPC por Bancafe, entidad mixta con la que laboró desde 1991 hasta el año 2005. Debe tenerse en cuenta que, por su naturaleza de entidad mixta, Bancafe en sus estatutos sometía a sus trabajadores al régimen privado, no siendo aplicable la ley esgrimida. El Tribunal para resolver tal situación consideró que:

“En torno a este tema, como lo precisó la demandada, existen innumerables pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, siendo el último de ellos del 27 de enero de 2009, rad. 33420, M.P. Isaura Vargas Diaz, a propósito de un caso ibídem al que hoy concita la atención de la Sala. En éste último fallo se reiteró la doctrina vigente en relación con los incrementos salariales en el sentido de que por vía de principio, no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregonaba paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. En un Estado donde los jueces legislaran.

“Sirva lo anterior de base para desvirtuar la postura de la apelante cuando en extenso escrito de apelación busca que se reconozcan lo (sic) reajustes salariales pero ya basado en la jurisprudencia Constitucional y en la aplicación a los principios generales del derecho, lo cual resulta improcedente.”

La reseñada postura se ha mantenido en otras providencias como la proferida en marzo 18 de 2010, radicada bajo el número 2009-0374, ponencia del doctor Lozada Pinilla; sentencia de julio 23 de 2010, radicado 2009-0367, ponencia de la doctora Laura Elsa Gamarra de Noriega; así como en la sentencia de octubre 8 de

2010, radicada número 2009-738 y sentencia de febrero 24 de 2011, radicado 2009-1071, ambas de ponencia de la Magistrada Ethel Cecilia Mesa de Mariño.

Cuadro 2. Posición ajuste de salarios mayores al mínimo.

Corte Constitucional	Providencia Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral
El derecho de los trabajadores al incremento anual de su asignación salarial, se desprende directamente de la Constitución y es de aplicación inmediata, sin que se requiera de desarrollo legal, contractual o convencional (T-345/07)	4 de febrero de 2010, radicado 2009-0189	Inexistencia de obligación del empleador de aumentar salarios que superen el salario mínimo, por carecer de norma legal que así lo predique. Es un conflicto económico no jurídico (Sentencia de 27 de enero de 2009, radicado 33420).

En estos casos el Tribunal Superior de Bucaramanga mantiene una posición negativa a la declaración de nivelación salarial. Como se expuso en el anterior capítulo, no existe una ley específica que ordene el aumento de salarios para los trabajadores privados que devenguen un sueldo mayor al salario mínimo, por lo que la jurisprudencia laboral ordinaria no accede a la nivelación salarial. “No existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que devenguen más del salario mínimo legal, con base en el costo de vida, como tampoco hay norma que faculte al Juez del Trabajo para imponer por vía general el incremento salarial de esta clase de empleados particulares, tomando el índice de precios al consumidor”.³⁶¹

³⁶¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 16 de marzo de 2010, rad. 36894. M.P. Luis Javier Osorio.

Particularmente ante tal posición, consideramos que la jurisprudencia ordinaria vulnera los derechos de los trabajadores. Si bien no existe una norma legal que expresamente prevea el aumento de los salarios que se encuentren por encima del salario mínimo, no puede negarse una realidad económica, los salarios pierden poder adquisitivo producto de la inflación de las economías. La solución a esta situación es la aplicación directa de los principios laborales constitucionales al caso concreto, en inaplicación de la jurisprudencia ordinaria. De acuerdo con Alexy los principios no son solo proposiciones que apunten a un fin, sino que contienen mandatos, permisos o proscripciones, estableciendo un marco de interpretación tanto para quien produce la ley, como para quien aplica la norma. Por lo tanto deben ser aplicados directamente a situaciones donde:

“Aparentemente” existan lagunas en el sistema. El no aumento de los sueldos de estos trabajadores afecta el carácter de vital, proporcionalidad y movilidad del salario, acudiendo el trabajador a un estado injusto de la situación, que afecta su mínimo vital, el que puede ser protegido en sede tutela o mejor en aplicación de la excepción de constitucionalidad respecto de la jurisprudencia ordinaria y por ende la aplicación directa del principio de remuneración mínima, vital, móvil y proporcional al trabajo. Como bien lo ha dicho la Corte Constitucional “el salario es ‘la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral’”.³⁶²

De otro lado debe anotarse que la proporcionalidad de la remuneración se desdibuja en el momento en que el trabajador por su igual desempeño a manera de contraprestación percibe un salario menor al anterior, situación que ocurre cuando no se ajusta un salario. Por último se quiere anotar, que caen de su propio peso las argumentaciones expuestas por la Corte Suprema de

³⁶² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-545A de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra porto.

Justicia³⁶³ al considerar que si se aceptara el reajuste de los salarios por el simple incremento del IPC carecería de sentido la regulación del artículo 148 del CST en cuanto a que la fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior, y que a su vez, la contratación colectiva se ocupa de regular las condiciones de trabajo salariales, por cuanto tales preceptos normativos nacieron a la vida jurídica en la mitad del siglo pasado, por lo que el real sentido de las normas y su interpretación solo cabe efectuarlas a la luz de lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución de 1991, es decir, en aplicación del principio de remuneración mínima, vital, móvil y proporcional al trabajo aplicado a todos los trabajadores que devenguen un salario superior al mínimo legal, sin que la facultad de negociar sus condiciones laborales a través de una convención colectiva implique el mejoramiento de escenario salarial.

Para la Corte suprema el conflicto existente es de carácter económico solo zanjado a través de la negociación colectiva, con lo que no se está de acuerdo, pues la situación expuesta es constitutiva de violación a los derechos del trabajador, el cual debe ser resuelto judicialmente. Si bien es cierto que el legislador a omitido su obligación de expedir el Código Sustantivo del Trabajo en consonancia con los principios del artículo 53 del C.P. y por ende no existe una norma que establezca la variación inmediata de los salarios superiores al salario mínimo, este puede ser reclamado en escenarios judiciales y resuelto en armonía y aplicación de los principios laborales constitucionales, es decir deberá ajustarse el salario.

³⁶³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 16 de marzo de 2010, rad. 36894. M.P. Luis Javier Osorio.

3.3 INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS

Al tratar el principio de la indisponibilidad, se relievó el carácter de normas públicas que tiene el derecho laboral, y por ende, de limitación a la primacía de la voluntad privada, por lo que el trabajador no puede renunciar a los derechos que con calidad de mínimos le otorgue la norma. Un elemento esencial de la relación del trabajo es el salario, sobre el cual gira el mayor margen de negociabilidad en la relación laboral.

3.3.1 Negociabilidad del salario. Al respecto, en sentencia de segunda instancia del 5 de mayo de 2011 dentro del proceso radicado 2010-00362, con ponencia del Magistrado Henry Lozada Pinilla, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, resolvió la demanda formulada por Carlos Raúl Hernández Manrique contra DROCOL S.A., cuya principal pretensión consistió en la declaración de la ineficacia y nulidad parcial de la cláusula adicionada al contrato de trabajo mediante “otro si” en abril 4 de 2000.

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante afirmó que como Vendedor cobrador al servicio de la demandada, se estableció como salario por comisiones el 1% sobre las ventas y el 1% sobre cobros, y por gastos de representación el 45%; y que en abril de 2000, la empleadora condicionó su permanencia en la empresa, mediante la firma de otro si, en el cual, el trabajador cedía a favor del empleador el 10% de los gastos de representación acordados originariamente, y a cambio, las comisiones por cobros se incrementaban en un 0.5%, por lo que el demandante consideraba su consentimiento viciado.

El Tribunal otorgó gran importancia al hecho de que el demandante no expresara reparo al suscribir el acuerdo ni con posterioridad al mismo y durante el cumplimiento de sus funciones, para alegar el vicio en el consentimiento varios años después con la formulación de la demanda. Pero respecto de la

disponibilidad del derecho del trabajador sobre el salario que ya se pactó anteriormente, manifestó la corporación lo siguiente:

“Sobre este particular, debe la Sala recordar que, salvo casos que constituyen excepción, en verdad la estructura general del régimen salarial del sector privado en el derecho del trabajo colombiano está montada sobre el postulado de que son las partes —individual o colectivamente consideradas— unidas en el nexo jurídico laboral, o el legislador cuando así lo dispone en forma expresa, las únicas que en principio tienen la potestad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales, como lo dispone claramente el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990., (Conc, arts. 57, 59, 132 y 142 del C.S.T.).

“... No es cierto, como lo sostiene el apelante, que la protección del Estado se traduzca en el derecho que le asiste al trabajador para que se le pague la remuneración previamente pactada, sin que pueda ser modificado dicho aspecto, por carecer de efecto jurídico cualquier pacto en contrario, porque la ley faculta al empleador y al trabajador para convenir libremente el salario, y solo sanciona con la ineficacia los convenios que afecten el salario mínimo legal o aquellos que impliquen su renuncia, sin extender la protección al pacto inicial, de la manera absoluta como la propone el recurrente”.

Al margen de lo expuesto por el Tribunal respecto a la autonomía de la voluntad de las partes para convenir el salario, con excepción del salario mínimo y el pactado en convenciones colectivas, laudos arbitrales y pactos colectivos, cabe resaltar que no efectuó ninguna consideración para la corporación, la circunstancia de que tal y como así lo ha aceptado la Corte Suprema de Justicia³⁶⁴, y que

³⁶⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 17 de marzo de 2010, rad. 29694. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

encontramos ajustado al principio constitucional en mención, los aludidos gastos de representación que fueron disminuidos no tienen el carácter de ingreso personal porque no enriquecen el patrimonio del trabajador, ni le sirven para subvenir sus necesidades, y en realidad obedecen a estrategias comerciales de la empresa para otorgar facilidades para el cumplimiento de la gestión de los trabajadores, por lo que no menoscaban sus derechos y pueden ser disminuidos por no hacer parte del salario.

3.3.2 Conciliación. En otra decisión, esta vez ponencia de la Magistrada Laura Elsa Gamarra de Noriega, de febrero 17 de 2011, radicada bajo el número 2009-1103, se dio a la tarea el Tribunal de estudiar si el consentimiento del trabajador fue viciado al suscribir conciliación con el demandado Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. Alegó el trabajador que bajo presiones sicológicas y en su consentimiento, los representantes del empleador lo obligaron a aceptar un plan de retiro voluntario con la amenaza del inicio de un procedimiento de permiso de despido colectivo. Por tal razón deprecó la nulidad de la conciliación, la declaración de despido y la ineficacia del mismo. Dentro del proceso, el juez colegiado no encontró probado que se hubiese viciado el consentimiento del trabajador, más aún cuando otros trabajadores manifestaron que ante la misma proposición eligieron no acogerse al plan de retiro. Por lo que dio prevalencia a la autonomía de la voluntad expuesta en el acta de conciliación y relievó el hecho de que no hay norma que le prohíba al empleador recurrir a acuerdos para terminación de contratos, citando a la Corte Suprema de Justicia:

“No existe norma legal que prohíba a los empleadores promover planes de retiro compensados, u ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, razón por la que tales ofrecimientos no constituyen por sí solos una coacción que vicie el consentimiento, ya que tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser

acogidas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa; debiéndose por ello entender que dichas propuestas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de terminar los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones laborales”³⁶⁵.

Debe anotarse que tratándose de renunciaciones realizadas con vicios en el consentimiento, éste acto debe ser declarado ineficaz siempre que se pruebe. La jurisprudencia ordinaria ha establecido la diferenciación entre la figura del despido indirecto y una renuncia producto de un consentimiento viciado. La primera se da cuando el trabajador renuncia por causas imputables al empleador, en especial, el incumplimiento de sus obligaciones, la segunda cuando el empleador producto del error, el dolo o la fuerza obtiene la dimisión del trabajador. En el caso que se analiza, el demandante pretende demostrar que ocurrió lo segundo, y por ende, solicita la ineficacia de ese acto; sin embargo, es de anotar que consecuencia de la ineficacia debió haber solicitado el reintegro, pues éste es uno de los casos en que se refuerza la estabilidad del empleo.

No obstante ello, la carga probatoria del trabajador en ese tipo de casos es muy fuerte, puesto que el tipo de negociaciones y pactos entre trabajador y empleador para la terminación de común acuerdo de los contratos laborales está permitida por la ley, y se constituye en una causal legal de terminación de la relación laboral, por lo que no se puede pregonar la invalidez del acto. Como debe recordarse la conciliación en el derecho laboral es perfectamente válida siempre que las disposiciones de derechos en ellas manifestadas versen sobre derechos renunciables, en cuyo caso el acta hace tránsito a cosa juzgada.

³⁶⁵ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de diciembre 11 de 2000, radicado 14830, M.P. Dr. Rafael Méndez Arango.

3.4 ESTABILIDAD

En tratándose de las formas de terminación del contrato el artículo 61 del C.S.T. ordinal 1 literal b, establece la posibilidad de la terminación por mutuo acuerdo de las partes o resciliación. Acuerdo en el que las partes deben intervenir sin comprobarse vicio alguno del consentimiento, so pena de ser ineficaz.

3.4.1 Resciliación. El Tribunal, mediante sentencia de febrero 25 de 2011, radicado 2010-00101, con ponencia del Magistrado HENRY LOZADA PINILLA, confirma la sentencia absolutoria de la primera instancia, argumentando en favor de la autonomía de la voluntad privada dentro de un caso infortunado probatoriamente, donde el demandante solicitó la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a termino indefinido, terminado sin justa causa, además de las condenas propias de ese caso, fundamentándose en que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, teniéndose en cuenta que el retiro voluntario fue firmado ante la presión y el engaño de la promesa de ser contratada posteriormente:

“En múltiples pronunciamientos, nuestra máxima autoridad dentro de la organización jurisdiccional ha sostenido que el ofrecimiento de bonificaciones por parte del empresario para que el trabajar acceda a determinadas peticiones, es lícita, pues el asalariado es quien finalmente decide si acepta o no tales ofertas, y en el caso presente, se dio la oferta para la terminación del contrato, debiendo concluir la Sala que se presentó el consentimiento, y que la anunciada fuerza no fue probada... En cuanto a que, si hay acuerdo de voluntades entre las partes para finalizar el vínculo contractual laboral que los une y ese acuerdo se hace sin vestigio alguno de vicios debe dársele el valor que los mismos le imprimieron, pues el simple acuerdo de voluntades de los sujetos del contrato de trabajo, libre de cualquier vicio que afecte ese consentimiento, es suficiente para poner fin a dicho contrato, como quiera que

el art. 61 C.S.T. ord 1º, lit b), subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990, establece el mutuo consentimiento como uno de los modos de terminación de la relación jurídico laboral. Y si este mutuo acuerdo es forma válida para finalizar un vínculo contractual laboral de trabajo, no existe razón alguna para que no le imparta su aprobación.”

Un caso también bastante precario probatoriamente, pero de acuerdo por lo manifestado por el Tribunal, si bien el derecho laboral limita la autonomía privada de las partes al reconocer una desigualdad fáctica entre ellas, establece espacios en que las partes pueden hacer uso libre de su autonomía, uno de esos espacios, es la resciliación del contrato, el cual, mientras no medie ningún vicio en el consentimiento será válido. El pretender que un trabajador no pueda renunciar o consentir la terminación de común acuerdo de la relación es afirmar que la relación laboral genera un vínculo parecido al vasallaje, y no existe nada más contrario a ello.

Se debe anotar que en casos como éste la carga probatoria es altamente difícil para el trabajador, se requiere de una auscultación minuciosa del operador judicial, quien en todo aspecto en el campo laboral debe buscar la prevalencia de la realidad.

3.4.2 Despido de la trabajadora embarazada. El caso más común de estabilidad reforzada se encuentra en la protección de la mujer embarazada, del que se hace necesario mostrar la posición del Tribunal respecto de la presunción de despido por causa del embarazo. En sentencia de mayo 26 de 2011, radicado 2008-601, ponencia de Henry Octavio Moreno Ortiz, la corporación judicial decide si el despido de Lendy Yaneth Alvarado Jaramillo por parte del antiguo Banco de Crédito y Desarrollo Social Megabanco S.A. hoy Banco de Bogotá fue un despido ilegal y por ende ineficaz, pues se encontraba dentro del periodo de lactancia.

Recordemos, como se vio al tratar el principio de estabilidad, que al respecto las posiciones no son pacíficas, pues la jurisdicción constitucional extiende la presunción de despido de embarazo (art. 239 C.S.T.) al periodo de lactancia, mientras que la Corte Suprema se mantiene en el periodo de embarazo y licencia de maternidad, un despido por fuera de tales periodos no se presume ineficaz, por lo que la discriminación por causa de embarazo debe probarse. El Tribunal se circunscribe en este último criterio, lo que se deduce de la razón expuesta para decidir:

“Para el caso analizado, LENDY YANETH ALVARADO JARAMILLO fue despedida el 17 de septiembre de 2003, es decir, más de 3 meses después del nacimiento de su hija VALERIA, que ocurrió el 26 de abril de 2003, de manera que no se produjo la protección por el fuero materno de la primera hipótesis antes mencionada, la del Artículo 239 CST, que venció el 26 de julio de ese mismo año; y como el despido ocurrió dentro de los 3 meses siguientes a ésta última fecha, se produjo en el segundo evento atrás mencionado que culminaba el 23 de octubre de 2003, es decir que para que prospere la deprecada nulidad e ineficacia del despido de la que fue objeto la accionante, debió demostrar ella en el proceso que su desvinculación obedeció a una “represalia o persecución derivada del embarazo, maternidad o lactancia,” en los términos de la jurisprudencia trascrita, o lo que es lo mismo, que fue por causa, con ocasión, o por razón de su maternidad o lactancia... Esto último, que el despido fue por causa de la maternidad o lactancia de la demandante, no está demostrado en el proceso, no hay elementos que así lo acrediten, y no se deduce de prueba la documental y testimonial a que se refiere la impugnación, ni individual ni en conjunto apreciada, porque no indican que esa fue la razón para la terminación del contrato.”

En este mismo fallo, se ocupa de la sustitución patronal, la cual es un caso de subsistencia del vínculo laboral y expresión del principio de estabilidad, puesto que la demandante antes de laborar con Megabanco fue trabajadora del Banco

Cooperativo de Colombia (Bancoop) y suscribió un contrato de trabajo con el Banco Coopdesarrollo, razón por la cual solicitaba la reliquidación de prestaciones porque no se tuvo en cuenta que no hubo solución de continuidad, a lo que el Tribunal responde en términos de la Corte Suprema de Justicia:

“Si se celebra nuevo contrato no hay sustitución. ‘Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones... Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene”.

Como se mencionó, en este tipo de casos se da cuenta de dos posiciones distintas en cabeza de la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, por lo que es necesario determinar hacia qué lado se carga la postura del Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala laboral:

Cuadro 3. Posición ineficacia despido de trabajadora embarazada.

Corte Constitucional	Providencia Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral
Extiende la presunción de despido de embarazo (art. 239 C.S.T.) al periodo de lactancia y se presume la ineficacia del despido (C-470/97).	Mayo 26 de 2011, radicado 2008-601	La protección se mantiene en el periodo de embarazo y licencia de maternidad. Un despido por fuera de tales periodos no se presume ineficaz, discriminación por causa de embarazo debe probarse (Sentencia de 11 de mayo de 2000, rad. 13561).

Para el Tribunal, en el despido realizado después de la licencia de maternidad la madre despedida deberá demostrar que éste se produjo en razón del embarazo. Tal posición se denota poco garantista respecto de los derechos del trabajador, puesto que sitúa en la parte más débil la carga de la prueba, cuando a la parte que termina la relación laboral le corresponde demostrar la justa causa solo incumbiéndole al trabajador demostrar el despido. En el caso que se analiza, la parte probatoria indica que el despido se hizo con base en la ineficiencia del trabajador para el desarrollo de las labores. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la ineficacia del despido previsto en el numeral 2º del artículo 241 se pregona respecto de los descansos remunerados ya mencionados, por ende, en el caso específico de la lactancia, la ineficacia del despido se aplicaría durante los seis meses posteriores al parto y no durante solo las 14 semanas de la licencia de maternidad.

En ese sentido el Tribunal no solamente desconoce el principio de estabilidad laboral, sino que violenta la protección a la madre trabajadora establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, al validar un despido realizado dentro del periodo de lactancia. En tal sentido se desarrollaron los argumentos del apoderado de la demandante, pero al final la posición de la Corte Suprema de Justicia y por ende del Tribunal prevaleció sobre las disposiciones, no solo del artículo 241 del C.S.T., sino del convenio 3 de la OIT. En ese sentido se denota, igualmente, la violación del principio de *in dubio pro operario* al escoger el Tribunal de varias interpretaciones posibles de la norma la desfavorable al trabajador.

3.5 CONTRATO REALIDAD

En materia de condenas a empleadores por prevalencia del principio de realidad, cuando del material probatorio el fallador infiera que las formas no tenían una relación de identidad con la realidad fáctica de la prestación, es clara la posición

del Tribunal de aplicar el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas e inaplicar las disposiciones que respecto de la contratación de prestación de servicios dispone la ley 80 de 1993.

3.5.1 Contratos de prestación de servicios del Instituto de Seguros Sociales.

Al respecto, en sentencia de septiembre primero de 2011, con ponencia del Magistrado Henry Lozada Pinilla en el proceso radicado 2007-00079, seguido por Gladys De Barrios De Galvis contra el Instituto de Seguros Sociales,³⁶⁶ con el fin de obtener la declaración de un contrato de trabajo entre las partes y el consecuente pago de las prestaciones sociales adeudadas, el Tribunal si bien del acervo probatorio coligió que la relación entre demandado y demandante efectivamente correspondió a una de naturaleza laboral, al demostrarse cada uno de los elementos de ella, resaltando: “que si bien la ley de contratación Estatal (ley 80 de 1993) enuncia dentro de las modalidades de vinculación a la administración pública el llamado contrato de prestación de servicios, la sola consagración de esta figura no habilita al Estado para que haga uso indiscriminado de esta modalidad de contratación con apoyo en la falta de personal de planta necesario para cumplir a cabalidad con las labores que son propias de la institución.”

Sin embargo pese a ello, el Tribunal revocó la decisión de la primera instancia en lo que respecta a la condena al pago de indemnización moratoria, pues a su parecer la actuación del ISS se encontraba cimentada dentro de las posiciones jurídicas adoptadas por la jurisprudencia durante el tiempo en que se celebraron los contratos de prestación de servicios (desde 1996 a 2003), no desvirtuándose la buena fe del empleador.

La anterior decisión en materia de indemnización moratoria no se compadece de la postura adoptada por el Tribunal en sentencias anteriores acogiendo la postura

³⁶⁶ En adelante ISS.

de la Corte Suprema de Justicia, así en decisión de agosto 27 de 2010³⁶⁷ al decidir la demanda que pretendía la declaración del contrato realidad, en este caso de servicios de abogado, la segunda instancia confirmó la condena contra el ISS, “... en el *subjudice* resultan desvirtuadas la serie de relaciones contractuales celebradas por los litigiosos bajo las directrices de la ley 80 de 1993 y que impone el destrabe del asunto a tratar bajo los lineamientos que al respecto constituyen precedente horizontal.”

Sin embargo, ante la actitud reiterativa del ISS de contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, desconociendo los derechos fundamentales del demandante, el Tribunal condenó al demandado a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 1 del decreto 749 de 1949, no por iniciativa, sino adoptando la posición de su superior en sentencia de veintitrés de Febrero de 2010, con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López, la cual citó:

“... En lo que tiene que ver con los varios pronunciamientos por parte de esta Corporación en otros asuntos análogos, donde se consideró en más de un centenar de ocasiones, que los contratos de prestación de servicios celebrados por el Instituto de Seguros Sociales bajo el amparo de la Ley 80 de 1993 eran en realidad laborales y a los que alude la censura en el ataque, la verdad es que, el ISS ha hecho caso omiso a ellos y persiste en continuar utilizando esta forma de contratación para situaciones como la que ocupa la atención de la Sala, en la cual como atrás se explicó, conforme al acopio probatorio examinado, está plenamente acreditado que el vínculo del demandante de la manera como se desarrolló en definitiva no encaja dentro de los supuestos de la citada preceptiva, lo que sumado al conocimiento que tenía la demandada sobre lo que aflora de la realidad en el manejo de esas relaciones, conlleva a considerar que el actuar sistemático del instituto demandado se constituye en burla de derechos fundamentales del operario.

³⁶⁷ Cabe anotar que en el presente caso el demandante desempeñaba sus servicios contratado como abogado en el departamento de pensiones del instituto, función que es esencia a la prestación del servicio del ISS y cuya prestación debería realizarse con personal de planta.

“En el sublite, en efecto se colige una actitud obstinada del Instituto de Seguros Sociales de contratar de manera continuada al demandante bajo el ropaje de varios contratos de prestación de servicios... a sabiendas de que se está en presencia de una relación de carácter laboral, donde el operario no reclama sus derechos sino hasta después de terminado definitivamente el contrato de trabajo.

“En este orden de ideas, encuentra la Sala que en la presente actuación no hay elementos convincentes para que permitan deducir la existencia de un obrar con lealtad por parte de la demandada...”

La posición del Tribunal frente a la contratación por prestación de servicios civiles en las entidades públicas ha sido mantenida desde años atrás como es el caso de la sentencia de agosto 4 de 2009 radicada en el Tribunal con el numero 2009-0558, en donde la ponencia de la Magistrada Laura Elsa Gamarra de Noriega, al confirmar la sentencia de primera instancia desfavorable al Instituto de Seguros Sociales, manifestó respecto de la inaplicación de las normas de la ley 80 de 1993 en los contratos celebrados con clara vocación laboral, dándole paso a la aplicación directa del principio constitucional de la primacía de la realidad:

“Como se ha manifestado en situaciones similares, el contrato celebrado entre las partes era de carácter civil normado bajo las previsiones contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, lo cual denota que el accionante conocía cual era su vínculo con el Instituto.

En este orden se evidencia que las partes aceptaron todos los lineamientos a los cuales se someterían al plasmar su firma; sin embargo, esta sola circunstancia resulta insuficiente para que el Juez del proceso adopte sin reparo alguno del contenido de las formas escritas, pues en materia laboral por mandato constitucional, la realidad cuando difiere de lo escrito debe prevalecer sobre las formas de contratación.

“Consecuencia de lo anterior, que pueda hablarse del surgimiento de un Contrato de Trabajo con las características propias del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, aplicable a quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales...

“... De tal suerte que, no son las normas propias de la contratación administrativa las que prevalecen en este evento, ya que el actor no gozó de la independencia propia del convenio escrito, ajustándose sus tareas y labores a las disposiciones propias del sector oficial, que autorizan la contratación a término fijo o indefinido, éste último, al amparo de lo que nuestro legislador llama “término presuntivo” que faculta la prórroga de la contratación por seis (6) meses de manera indefinida, y como lo previene para las relaciones de derecho individual de trabajo.”

3.5.2 Desnaturalización de la relación laboral en el sector privado y prescripción de los derechos derivados del contrato realidad. Referente a la desnaturalización de la relación laboral en el sector privado es relevante traer a colación la sentencia, ponencia de la Magistrada Laura Elsa Gamarra de Noriega, de octubre 22 de 2010, número de radicación 2009-00675, incoada por Beatriz Hernández contra la Sociedad Galvis Ramírez y Compañía Limitada;³⁶⁸ con dicha sociedad la demandante sostenía un contrato de agencia comercial y previamente había prestado sus servicios desde 1984 como vendedora de publicidad de acuerdo a contrato de trabajo, pero desde 1988 prestaba los mismos servicios a través de un contrato de agencia.

El Tribunal encontró que debían prevalecer las normas públicas del derecho laboral (principio de protección) sobre las normas comerciales que regulan la agencia, pues la realidad fáctica del asunto denotó la existencia de un contrato de

³⁶⁸ En el caso particular se demostró que pese a que en el clausulado la sede de la agencia constaba en otra dirección esta prestaba sus servicios dentro de las instalaciones de la demandada.

trabajo (principio de primacía de la realidad sobre las formas), debiéndose inaplicar dichas normas, por ser el caso concreto objeto del derecho laboral. Sin embargo respecto del reconocimiento de los derechos de la demandante, el Tribunal aplica la prescripción de los mismos en la medida que el trabajador no exigió sus derechos a tiempo. Manifestando lo siguiente:

“Se tendría como primera basa para resolver la cuestión sometida a juicio, que por regla general la celebración de contratos encuentra principio fundante en la autonomía de la voluntad de las partes, concepto a priori que se refleja en el plano de lo negocial en la idea de autonomía contractual, según la cual, las partes contratantes pueden extender su consentimiento común a la concreción de las obligaciones que a bien tenga su arbitrio siempre y cuando se respete el articulado del ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres.

“La referencia al ordenamiento jurídico y al orden público no configura una mera nota de elegante redacción alusiva a la prevalencia del estado de derecho, pues incorpora al clausulado contractual las prohibiciones y mínimos previstos en la Ley y la Constitución Nacional, aspecto que reviste particular importancia, si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico laboral se cataloga como un derecho de mínimos, orientado por el principio de protección al trabajador, aspecto que invade la órbita contractual en tanto las partes no pueden desconocer a través de las formas contractuales la evidente configuración de un contrato de trabajo y que se concreta en la formulación general del principio de la primacía de la realidad que consagra el artículo 53 Constitucional.

“En ese estado las cosas, la sola formulación del clausulado contractual bajo un tipo negocial que dista del contrato de trabajo no desnaturaliza la relación de trabajo subordinado que emana de sus contenidos, ni mucho menos inhibe al juez para declarar la existencia del contrato realidad que subyace bajo la forma escrita, aún en deterioro del marco negocial fijado por las partes.

“Pese a la declaración de la relación laboral el demandante no corrió con la misma suerte en la aplicación de los términos prescriptivos, pues aunque la segunda instancia reconoce la postura del Consejo de Estado frente de contar términos de la prescripción desde el reconocimiento del derecho, es decir desde la sentencia, a juicio del Tribunal: *“las cargas de contratación, en especial las de conocimiento, se aplican a las partes por igual, en el sentido que si el ente demandado debe responder por los derechos causados durante el lapso de una relación laboral, el demandante asume de igual forma el costo de su desinterés al promover tardíamente la respectiva acción.”*

Como lo reconoce la magistrada ponente, la interpretación del Consejo de Estado respecto de los derechos laborales derivados de la declaración del contrato realidad opta por la inaplicación de las normas que regulan la prescripción de los derechos laborales, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce que ese tipo de sentencias se sitúan en las sentencias del tipo constitutivo, por ende el derecho se produce a partir de la declaración de la relación laboral y “los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”³⁶⁹ A todas luces esta interpretación resulta más favorable al trabajador que la posición adoptada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, para el que las cargas de la relación laboral son iguales en lo que respecta a la contratación. Debe anotarse que entre dos interpretaciones existentes el Tribunal aplica la desfavorable al trabajador, desconociendo el principio de *in dubio pro operario*.

De otro lado, en sentencia de consulta, fechada el 31 de agosto de 2011, radicada bajo el número 2009-00626, ponencia de Henry Lozada Pinilla, la corporación analizó una demanda contra la Empresa Metropolitana de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. EMAB y la Cooperativa de Trabajo Asociado Equipo Solidario, en los hechos de la demanda relató la demandante que en primer lugar había sido

³⁶⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de julio 1 de 2009, rad. 47001-23-31-000-2000-00147-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

contratada mediante OPS por la EMAB, pero que luego fue obligada a vincularse a través de la Cooperativa Equipo Solidario para seguir laborando, Cooperativa que luego terminaría el contrato de la demandante. Para el juez colegiado la demandante probó dentro del proceso que la prestación personal de su servicio se había llevado a cabo bajo condiciones de subordinación y que el periodo en que fue vinculada a la Cooperativa, esta fungió como mero intermediario, en una clara maniobra de desconocer y burlar las normas laborales. Por ello consideró:

“Las Cooperativas de Trabajo Asociado, conforme con las disposiciones de la Ley 79 de 1988, artículo 3º siguientes, buscan realizar acuerdos para cumplir fines de interés social, sin ánimo de lucro, para que sus aportantes y gestores de la empresa asociativa produzcan o distribuyan bienes de servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general, pero no comportándose como Empresas de Servicios Temporales, que no lo son y no pueden serlo, pues tal modo de pensar las desnaturaliza... En el caso sub-examine, la Cooperativa de Trabajo Asociado ‘Equipo Solidario’ junto con la EMAB utilizaron maniobras tendientes a ocultar su verdadera calidad de trabajadora, obviamente para eludir el pago de salarios y prestaciones sociales propias de los trabajadores amparados por la ley laboral. Eso de utilizar contratos de prestación de servicios con una Cooperativa para de allí traer los empleados a su servicio, no puede ser avalado por el juez laboral; la Cooperativa se utiliza aquí como tercero que no debe pagar sino compensaciones, desnaturalizando el verdadero sentir de la ley que rige el sistema Cooperativo asociado y el trabajo que él entraña.”

De las sentencias transcritas deben hacerse varios análisis. La primacía de la realidad sobre las formas se manifiesta en mayor medida en los casos de contratos realidad, en ese sentido el Tribunal, en acatamiento del precedente de la Corte Suprema, se inclina por aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la C.P., inaplicando las normas que regulan los actos por medio de los cuales se desnaturaliza la relación laboral.

En los casos de prestación de servicios en los que se demanda al ISS, la posición respecto del contrato realidad es la misma: La contratación de personal que desempeña funciones de cargos propios de la planta de personal, que desempeña las labores bajo subordinación y en las instalaciones de la entidad, a través de contratos de prestación de servicios implica una violación a los derechos de los trabajadores y por ende a la realidad que debe primar en la relación laboral. Así lo entiende el Tribunal y lo aplica también en casos donde otras figuras son utilizadas para ocultar una verdadera relación laboral, como lo son la agencia comercial y la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado. En tales casos se observó la subordinación real existente en el caso de la agencia y el cambio de vinculación y desmejoramiento del trabajador por ser vinculado a una cooperativa de trabajo asociado, la cual solo interviene como intermediador. Pero en lo que respecta a la condena al pago de la sanción moratoria al empleador se observan posiciones desfavorables al trabajador.

El tribunal declara la relación laboral, pero no condena al empleador al pago de la mencionada sanción argumentando que no ha sido desvirtuada la buena fe del mismo y su convicción de estar actuando bajo la regulación de un contrato de orden civil. El Tribunal respecto de los casos de demandas del ISS ha modificado esa tendencia, ello siguiendo el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha considerado caprichosa y obstinada la posición del ISS de contratar a través de contratos de prestación de servicios previstos en la ley 80 de 1993 personal que desempeña funciones propias de la naturaleza de la empresa y que por ende deberían ser desempeñadas por personal de la planta de la entidad. Por tal razón se realiza la condena al ISS del pago de la respectiva sanción moratoria, al actuar de mala fe. Sin embargo ello es respecto del ISS, puesto que de otro empleador el Tribunal exige que se desvirtúe su presunción de buena fe. Pese a la primera posición, otra es la postura que se observa en el tribunal en procesos contra el ISS de considerable tiempo atrás, en ellos se exime

a la entidad del pago de la sanción moratoria por actuar con buena fe al momento de la celebración de los contratos, pues no podía prever las condenas judiciales ni la existencia de un contrato realidad.

Otro tema inherente a este tipo de casos se encuentra en la prescripción de los derechos en los casos en que se declara la existencia de un contrato laboral. Para el tribunal las partes en una relación laboral tienen las mismas cargas, el empleador de cancelar los derechos del trabajador y este de exigirlos, su desidia implica la prescripción de los derechos laborales. Ello constituye, a nuestro juicio una violación del derecho de protección del trabajador, en la medida que el Tribunal desconoce la desigualdad real que existe en la relación laboral y la nivelación que de las cargas intenta el ordenamiento público. Las implicaciones de tal posición del Tribunal se traducen en la privación que de sus derechos laborales sufre el trabajador durante un tiempo y al momento de serles reconocidos vía judicial, le es aplicada la prescripción con anterioridad a la declaración de la relación laboral. Desconoce totalmente los principios laborales constitucionales, especialmente el de *in dubio pro operario*, pues aunque reconoce la posición que reseñamos del Consejo de Estado, de contar los términos de prescripción a partir de la declaración del contrato realidad, aplica la más desfavorable al trabajador.

La característica principal de los anteriores fallos, en lo que respecta a la declaración de contratos realidad, se fija en la inaplicación que de las normas que regulan los diferentes contratos, de prestación de servicios, de agencia comercial y de asociación, se hace a favor de la normatividad laboral, en consideración de las realidades que se comprueban en la relación.

3.6 CONDICION MÁS BENEFICIOSA Y PROGRESIVIDAD

En los casos de transito de normatividad laboral a otra, las reformas deben tener en cuenta el mandato de progresividad de la norma laboral, el cual al no ser atendido por la norma merece la protección del trabajador y la consecuente aplicación de la norma por más beneficiosa a la situación concreta. Como se había anotado y se ha observado en el presente capítulo, aunque la consagración de los principios laborales en el artículo 53 de la C.P. no establece una delimitación específica de cada uno, ha sido la jurisprudencia y la doctrina la encargada de ello, sin embargo ello no obsta para verificar las relaciones existentes entre ellos, lo que no niega su condición de principio ni su vocación de aplicación directa en un caso concreto. Tal relación existe entre el principio de progresividad y condición más beneficiosa. Lo que ha generado varias sentencias de inaplicación de la norma legal reguladora de una situación hipotética. Veremos la posición que en materia de pensión de invalidez ha adoptado el Tribunal.

3.6.1 Inaplicabilidad por inconstitucional de la exigencia de fidelidad al sistema. En reciente sentencia de febrero 11 de 2011, ponencia del Magistrado Henry Lozada Pinilla, proceso radicado 2010-00099, dentro de una demanda contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y retroactivos a favor de los demandantes a causa de la muerte de su esposo y padre el 18 de diciembre de 2006. Anota el Tribunal la diferencia de criterios existentes. Para la Corte Suprema de Justicia, aun declaradas inexecutable las disposiciones sobre exigencia de permanencia en el sistema por medio de la sentencia C-556 de 2009, sentencia que tiene efectos hacía el futuro y no retroactivos, la exigencia del requisito de fidelidad es válida, en los casos en que la configuración se haya dado en vigencia de la ley 797 de 2003.

Se aparta de esta posición el Tribunal y acoge la tesis de la Corte Constitucional, quien antes de declarar inexecutable las exigencias de los literales a y b del artículo 12 de la ley 797 de 2003, que para la fecha del asunto concreto estaban vigentes, los inaplicó vía excepción de constitucionalidad por resultar regresivos en comparación con las disposiciones de la ley 100 de 1993. Anota el Tribunal: “la Sala resolverá el asunto, acogiendo ésta última posición y se apartará del precedente expuesto por la Corte Suprema de Justicia; por tanto, inaplicará por inconstitucional los literales a) y b) del art. 12 de la ley 797 de 2003, norma legal que estaba vigente para la fecha de la muerte del afiliado, ocurrida el 18 de diciembre de 2006, por considerar que ésta normativa desconoce flagrantemente la Constitución Política, específicamente, el principio constitucional previsto en el art. 48 (progresividad de los derechos sociales y la prohibición constitucional de regresividad).”

En tratándose de las pensiones de invalidez, en sentencia radicada bajo el numero 2009-00856 de diciembre 10 de 2010, con ponencia de la Magistrada Laura Elsa Gamarra de Noriega, el Tribunal ha aplicado el mismo criterio, pero inaplicando esta vez el requisito de fidelidad exigido por la ley 860 de 2003, manifestando: “En evidencia que la parte actora cuenta con más de 64 años de edad, es inválida y cumple con el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores, contemplado por la ley 860 de 2003 y más aún, con las 26 semanas del artículo 39 original de la ley 100 de 1993 y que de no ser por el cambio normativo que fijó el requisito de fidelidad al sistema, hubiese adquirido el derecho a la pensión que deriva de la contingencia invalidante y en relación con la cual, acumula un total de 350 semanas frente a las 403 necesarias para configurar el derecho, aparece válido y acertado el exceptivo de constitucionalidad planteado por la instancia, porque interpretación en contrario significa para el demandante, una afrenta contra sus derechos fundamentales y la desprotección absoluta frente al estado de invalidez, que deriva de un hecho totalmente ajeno a su voluntad y a su estatus de afiliado, como lo es el arbitrio del

legislador en la materia, que por demás, la Guarda Constitucional, ha terminado por calificar de inexecutable mediante sentencia de Constitucionalidad.”

En el caso comentado, se puede observar el distanciamiento en el presente caso de la posición del Tribunal respecto de la posición de la Corte Suprema de Justicia, el cual se representa en un cuadro que da cuenta de la posición de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, como el enfoque del Tribunal:

Cuadro 4. Posición inaplicación requisito fidelidad.

Corte Constitucional	Providencia Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral		Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral
Inaplicación vía excepción de inconstitucionalidad el requisito de fidelidad, cuando el demandante cumple el requisito de semanas cotizadas, debiéndose aplicar el artículo 39 de la ley 100 de 1993 (T-1291/2005).	Diciembre 10 de 2010 Rad. 2009-00856 de		Criterio de la no aplicación del principio de condición más beneficiosa, al considerar que la ley 100 establece exigencias superiores en lo relacionado con la densidad de cotizaciones (febrero 4 de 2009, radicado 35306).
	Febrero 11 de 2011, Rad. 2010-00099		

Cuando la configuración de la invalidez o la muerte del asegurado se da antes de la declaratoria de inexecutable de los correspondientes requisitos de fidelidad establecidos por ambas legislaciones, el Tribunal opta por inaplicar vía excepción de constitucionalidad la exigencia de tal fidelidad y de acuerdo a la condición mas beneficiosa aplica al caso las normas de la ley 100 de 1993. En este punto el Tribunal se aparta de lo que la Corte Suprema de Justicia ha establecido respecto del tema, pues en los tránsitos de la ley 100 de 1993 a las leyes 860 y 797 de

2003, la Corte Suprema de Justicia ha formado el criterio de la no aplicación del mismo, al considerar que la ley 100 establece exigencias superiores en lo relacionado con la densidad de cotizaciones. En este sentido tal decisión significa la aplicación directa del principio a la situación concreta en busca de salvaguardar las expectativas legítimas del ciudadano. En este punto la excepción de constitucionalidad como principio, se toma en cuenta como un instrumento idóneo de aplicación directa de un principio a un caso concreto y por ende de inaplicación de una norma que frente a una situación específica se enfrente a un principio constitucional con mayor importancia para el caso, previa una argumentación razonada y seria.

3.6.2 Condición más beneficiosa y acuerdo 049 de 1990. Dos casos se quiere reseñar en esta oportunidad y dos posiciones distintas del Tribunal: 1) la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad de las normas vigentes en lo referente a pensiones de sobrevivientes y aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando la configuración del derecho se da en vigencia de las normas de la ley 100 de 1993, y 2) la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad de las normas vigentes en lo referente a pensiones de invalidez y aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando la configuración del derecho se da en vigencia de las normas de la ley 860 de 2003.

Respecto de la primera se tiene que en sentencia de enero 28 de 2011, radicado 2009-00994, la mencionada Magistrada, decidió respecto de la reclamación de pensión de sobrevivientes feneciendo el causante en vigencia³⁷⁰ de las disposiciones originales de la ley 100 de 1993, cumpliendo el causante con el número de semanas exigidas por las hipótesis del acuerdo 049 de 1990, pero no alcanzando el mínimo de semanas cotizadas dentro del último año de vida. Sobre

³⁷⁰ En el caso específico es demandado el ISS deprecando la aplicación de las normas anteriores a la ley 100 de 1993 (acuerdo 049 de 1990), por haber fallecido el causante en el año 1998 cotizando 585 semanas de las antes del 1 de abril de 1994. Ello en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y en acatamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema, consideró que:

“Aún en ausencia de los requisitos contemplados en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, relativos a la densidad de semanas necesarias para recoger el derecho a la pensión de sobreviviente, le es dable al cónyuge o compañero/a permanente supérstite, atendiendo a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, hacerse a la prestación pensional en comento, cuando quiera que el afiliado fallecido reúne más de 300 semanas de cotizaciones al Instituto de Seguro Social bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990.”

Sin embargo no pregona la corporación el mismo fin a las solicitudes de pensión de invalidez por enfermedad común que hayan sido causadas en vigencia de la reforma a la ley 100 de 1993, situación que comporta la segunda posición que reseñamos. Ello teniendo en cuenta la posición de la Corte Suprema expuesta y en la cual se considera que no es posible alegar la aplicación del acuerdo 049 de 1990 en vigencia de la ley 860 de 2003, por ser esta más beneficiosa que la ley 100 de 1993, además de no ser el acuerdo 049 de 1990 la norma inmediatamente anterior a la ley 860 de 2003.

Al respecto en sentencia de junio 30 de 2011, radicado 2010-00514, donde con ponencia de Henry Lozada Pinilla, no hay lugar a la inaplicación de la norma en virtud del principio de la condición más beneficiosa en los casos de pensión de invalidez por enfermedad común cuando se haya configurado en vigencia de la ley 860 de 2003, so pretexto de que la norma aplicable es el acuerdo 049 de 1990. En palabras de la corporación:

“Se reitera, para el 25 de septiembre de 2006, fecha en que se estructuró la invalidez de la demandante, hecho que no es objeto de controversia, la norma aplicable para efectos de la pensión de invalidez de origen común, era el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y por lo tanto a dicha prestación tienen

derecho los afiliados siempre y cuando acrediten cotizar como mínimo 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al día de estructuración de la misma. Así las cosas, la Ley 860 de 2003 al entrar en vigencia desde su promulgación el 29 de diciembre de esa anualidad, es inmediatamente aplicable, en los términos del artículo 16 del C.S. del T., disposición también aplica a los asuntos de la seguridad social, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, según la cual *‘Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato’*.

Como se ha dicho, si la invalidez o muerte ocurren en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003 después de la declaratoria de inexequibilidad de la exigencia de fidelidad al sistema, caso en el que de acuerdo al Tribunal los requisitos exigidos son por mucho más beneficiosos que las normas anteriores, en acatamiento al precedente de la Corte Suprema de Justicia. En ese caso la Corte Suprema Sostiene que no es dable en virtud del principio de la condición más beneficiosa aplicar en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003 las disposiciones del acuerdo 049 de 1990, aun cuando el afiliado hubiese acreditado el número de cotizaciones para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en dicha normatividad. Ello debido a que el acuerdo 049 no es la norma inmediatamente anterior a las leyes 797 y 860 de 2003.

3.6.3 Favorabilidad e inescindibilidad de las normas. De otro lado, en este punto, haremos referencia a la favorabilidad e inescindibilidad de las normas, es decir que en caso de existir dos normas aplicables a un trabajador se preferirá la más favorable y se aplicará en su totalidad. En ese sentido el Tribunal se manifestó en decisión de mayo 26 de 2011, radicada 2010-1087, ponencia de Henry Octavio Moreno Ortiz, acerca del derecho a gozar de los incrementos salariales del 14% previstos por el acuerdo 049 de 1990 para pensionados beneficiarios del régimen de transición. Aunque en dicha sentencia se absolvió al ISS por razón de la prescripción del derecho a juicio tanto de primera como

segunda instancia. Respecto del derecho a los incrementos en la pensión, el juez colegiado dijo:

“... [E]s pertinente agregar, que si bien es cierto en los Artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el antecedente jurisprudencial que se acaba de transcribir; máxime que su Artículo 289 efectivamente no los derogó expresa ni tácitamente, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues aquellos no resultan contrarios ni riñen con la nueva legislación que salvaguarda (sic) los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del Artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida *“las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”*, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción... En este orden de ideas, al no disponer la Ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el *ad quem*, que dicho beneficio se mantiene en vigor, se insiste para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido Acuerdo 049 de 1990... Lo expuesto trae consigo para el caso en particular, que el derecho a los incrementos por personas a cargo y concretamente el equivalente al 14% sobre la pensión mínima legal por su cónyuge, ingresaron al patrimonio del demandante, a quien se le definió su prestación por vejez con base a la normatividad anterior al ser beneficiario del régimen de transición, y por tanto aunque éste hubiere completado requisitos para acceder a la pensión en vigencia de la nueva ley de seguridad social, el 21 de enero de 2003, no es dable desconocer tal prerrogativa prevista en el

citado Acuerdo del ISS 049 de 1990, cuando frente a dichos incrementos según se explicó no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la ley...”

En el caso anterior existe un tránsito de legislación, como lo fue el paso del régimen de pensiones establecido en el acuerdo 049 de 1990 al de pensiones establecido en la ley 100 de 1993, sin embargo las disposiciones de monto de pensiones enfrentadas se encuentran vigentes, pues no se derogó las disposiciones de aumentos correspondientes al 14% previstos por el acuerdo 049, disposición que resulta más favorable que las que dispone la ley 100 de 1993. En ese sentido el Tribunal da el alcance al principio de favorabilidad y dispone la aplicación del acuerdo 049. Sin embargo mantiene los criterios de prescripción de los mencionados incrementos dando al traste con las pretensiones del demandante.

A manera de crítica y conclusiones del presente capítulo, podemos sostener, que de las decisiones extractadas se concluye que las posiciones sostenidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga han acogido en su mayoría el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en acatamiento del precedente vertical; tanto así que en materia de nivelación salarial en aplicación del principio de igualdad, la declaración de primacía de la realidad sobre las formas y de protección de la mujer embarazada, transfieren toda la obligación probatoria a la parte trabajadora, sustentándose en las tesis clásicas de la carga de la prueba. Por ende, puede decirse que las decisiones del máximo órgano de la justicia seccional de Bucaramanga no son del todo ajustadas al principio de protección, haciendo a un lado en muchas de ellas el reconocimiento fáctico de las cargas desiguales existentes en la relación laboral.

Otorga el Tribunal mayor importancia a la graduación, que el legislador ha dado al principio constitucional implícitamente dentro de la norma laboral sin tener en cuenta la importancia que comporta el principio al momento de aplicarlo al caso

concreto. Lo que se deriva no en un desconocimiento de las decisiones que respecto de los principios constitucionales ha realizado la Corte Constitucional, pero si en la toma de distancia respecto de ellas, cuando son contrarias a la posición de la Corte Suprema, salvo en pocos casos.

La Sala Laboral del Tribunal no da el valor de verdaderas normas con pretensión de aplicación directa a un caso concreto, a los principios consagrados constitucionalmente. Lo que se comprueba de su afirmación de inexistencia de norma que obligue al empleador a ajustar el sueldo anualmente, cuando este supere el salario mínimo, desestimando el principio que pregon a la naturaleza mínima, móvil, vital y proporcional al trabajo. Casos en los que a nuestro juicio, se desequilibra a favor del empleador la balanza de la relación laboral, desconociendo los principios de igualdad y protección del derecho laboral.

Como excepción a lo que hemos manifestado hasta ahora, debe anotarse la posición que respecto de las demandas de otorgamiento de pensiones de invalidez y sobrevivientes tomó el Tribunal. Respecto de estos casos adopta dos posiciones: 1) cuando la configuración de la invalidez o la muerte del asegurado se da antes de la declaratoria de inexequibilidad de los correspondientes requisitos de estabilidad establecidos por ambas legislaciones, el Tribunal opta por inaplicar vía excepción de constitucionalidad la exigencia de tal fidelidad y de acuerdo a la condición más beneficiosa aplica al caso las normas de la ley 100 de 1993. 2) otra es la conclusión a la que arriba si la invalidez o muerte ocurren en vigencia de las leyes 860 y 797 de 2003 después de la declaratoria de inexequibilidad de la exigencia de fidelidad al sistema, caso en el que sostiene el Tribunal, en concordancia con lo dispuesto por la Corte Suprema, que los requisitos exigidos son por mucho más beneficiosos que los de las normas anteriores.

En los diferentes casos específicos identificados se observa que se presentan puntos de convergencia entre principios. Verbigracia los casos de contrato realidad, donde no solo se pregona la primacía de la realidad sobre las formas, sino igualmente el principio de igualdad en lo que respecta a la inversión o no de la carga de la prueba. En ellos la excepción de constitucionalidad como principio, se configura en instrumento idóneo de aplicación directa de un principio a un caso concreto y por ende de inaplicación de una norma que frente a una situación específica se enfrente a un principio constitucional con mayor importancia para el caso.

CONCLUSIONES

Al profundizar en el control constitucional, su concepto y sistemas, se concluye que el sistema colombiano es un ejemplo que soporta la afirmación de que no es posible hablar de un modelo de control constitucional depurado, existiendo imbricaciones de los sistemas más representativos en diferentes sistemas jurídicos. Verbigracia, las características del sistema difuso se representan en la existencia del mecanismo conocido como excepción de constitucionalidad. Del control concentrado su principal elemento se encuentra en la Corte Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, lo que le agrega un carácter preponderante al control de un órgano específico que mediante acción pública de constitucionalidad puede expulsar del ordenamiento una norma contraria a la Constitución.

De esta forma, el principio de primacía de la Constitución sobre las demás normas existentes en el sistema jurídico colombiano se ensalza como la regla general en el sistema, otorgando gran relevancia a la excepción de inconstitucionalidad. Puede decirse que la excepción de inconstitucionalidad no tiene un procedimiento específico, pudiendo ser aplicada de oficio o por petición de parte y en todo caso, aunque no se mencione expresamente que se está haciendo uso de la excepción, el operador al apartarse de la norma, en principio, aplicable al caso concreto hace uso de ella y debe argumentar razonablemente su decisión.

La figura de la excepción de constitucionalidad comporta un principio dentro del sistema jurídico colombiano en relación con la obligatoriedad y el carácter de norma directamente aplicable que posee la Constitución. En ese sentido, determinamos que la excepción de constitucionalidad es un medio idóneo a través del cual el operador jurídico puede aplicar al caso concreto un principio

constitucional, siempre que los efectos de la norma legal aplicable resulten indeseables, por contrariar normas, derechos o principios consagrados en la Constitución. La mencionada contraposición a la Constitución, no solo se limita a un análisis de incompatibilidad gramatical, el cual es insuficiente en muchos casos, sino que comporta un análisis del grado de injerencia de la aplicación de la norma en el derecho del ciudadano, el cual debe ser determinado por el operador jurídico mediante un procedimiento racional de interpretación, cuestionándose sobre la proporcionalidad de los efectos y por ende la razonabilidad de la aplicación de la norma al asunto concreto. Además de ser coherente con el precedente que respecto de la materia sea aplicable al asunto concreto, el operador jurídico corre con la carga argumentativa de sustentar su decisión de apartarse de la aplicación de la norma y darle un alcance directo a la norma constitucional.

La positivización de los principios laborales constitucionales dentro del tenor del artículo 53 de la Constitución Política, pese a haberse previsto en el marco del Código Sustantivo del Trabajo, irradian las normas clásicas del derecho laboral, tanto a nivel legislativo como en el marco interpretativo de quien los debe aplicar. Ello se afirma, debido a que contienen proposiciones jurídicas de prescripción, prohibición y permisión de aplicación directa al caso concreto, siendo verdaderos mandatos de optimización; de los cuales la ponderación es su método de solución de enfrentamientos de principios, pese a la crítica que se haga a su procedimiento, ya que es un buen instrumento de análisis para arribar a la solución de casos que se antojan complejos. En consecuencia, la Constitución se ha convertido en el ámbito de movimiento y transformación del derecho laboral.

Sin embargo, y como se anotó a manera de conclusión en el tercer capítulo, algunas posiciones sostenidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga estiman un grado de optimización menor de los principios laborales constitucionales, acogiendo el criterios de la Corte Suprema

de Justicia, que arrojan como producto decisiones que hacen más onerosa la posición real de la parte trabajadora en la relación laboral. En algunos casos arribando a interpretaciones desfavorables al trabajador (verbigracia en materia de nivelación salarial, contrato realidad y despido prohibido de la mujer embarazada). Cuando ello sucede, el Tribunal invierte el principio de protección del derecho laboral colocándolo en cabeza del empleador. Puede decirse que las decisiones del máximo órgano de la justicia seccional de Bucaramanga no se ajustan al principio de protección, dejando de lado en muchas de ellas el equilibrio de las cargas que plantea el derecho laboral en la relación obrero-patrono.

Las posiciones de la sala Laboral del Tribunal de Bucaramanga otorgan prevalencia a la graduación que el legislador ha dado al principio constitucional implícitamente dentro de la norma laboral sin tener en cuenta la importancia que comporta el principio al momento de aplicarlo al caso concreto. En esa misma línea, la Sala Laboral del Tribunal no da el valor a los principios consagrados constitucionalmente de verdaderas normas con pretensión de aplicación directa a un caso concreto, y en todo caso el juicio de proporcionalidad que de los efectos de la norma referidos al caso concreto haga, se torna leve. Sobre todo en casos donde se estudia la posible discriminación por razón a una condición del trabajador, verbigracia el estado de embarazo.

Ello se sigue también de su afirmación de inexistencia de una norma que regule el reajuste anual del sueldo cuando este supere el salario mínimo, desestimando el principio que pregona la naturaleza mínima, móvil, vital y proporcional al trabajo. Casos en los que a nuestro juicio, se desequilibra a favor del empleador la balanza de la relación laboral, desconociendo los principios de igualdad y protección del derecho laboral. Es precisamente en un caso como este que cobra importancia el principio constitucional y el alcance jurisprudencial que se le haya dado al mismo, protegiendo al trabajador de situaciones que generen desmedro en su patrimonio.

Como excepción a lo anotado, debe resaltarse la posición que respecto de las demandas de otorgamiento de pensiones de invalidez y sobrevivientes tomó el Tribunal, respecto de la cuales opta por la inaplicación de las leyes 860 y 797 de 2003, exceptuando por inconstitucionalidad la norma, cuando la configuración de la invalidez o la muerte del asegurado se dio antes de la declaratoria de inexequibilidad de los correspondientes requisitos de estabilidad establecidos por ambas legislaciones, aplicando la condición más beneficiosa.

En los diferentes casos identificados comúnmente a específicos principios constitucionales se observa que se presentan puntos de convergencia entre principios, sin predicarse la calificación de un caso concreto como representativo solo de un principio. Verbigracia los casos de contrato realidad, donde no solamente se pregonan la primacía de la realidad sobre las formas, sino igualmente el principio de igualdad en lo que respecta a la inversión o no de la carga de la prueba. El principio de estabilidad de la relación laboral en los casos de mujeres en el periodo de lactancia, donde el Tribunal se posiciona en la presunción del despido por causa de embarazo solo hasta el periodo de licencia de maternidad. Esa interpretación no es la única en ese caso y en todo caso es la menos favorable al trabajador, por lo que no se cumple con la máxima del principio constitucional que prescribe que en todo caso de duda de aplicación de dos normas o interpretaciones el juzgador deberá escoger la más favorable al trabajador.

Como se anotó antes, la posición del Tribunal se atiene en muchos de los casos a los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia. El cumplimiento del precedente del superior jerárquico, se antoja bastante formalista y conservador; en todo caso podría afirmarse que respecto de la mayoría de los casos específicos tratados la posición del Tribunal es de aplicar el derecho laboral, pero no puede decirse lo mismo de la aplicación del derecho laboral constitucional.

Se determinó, entonces, que la excepción de constitucionalidad como principio, se configura en instrumento idóneo, no solo de la inaplicación de la norma laboral, sino de aplicación directa de un principio a un caso concreto. Pero su importancia no solo queda allí, pues como se vio es un instrumento de defensa del precedente constitucional, sobre todo en materia de unificación de sentencias en lo que a derechos fundamentales hace caso, razón por la cual un precedente de cualquier jurisdicción que se muestre contrario al consagrado por el máximo intérprete de la Constitución, puede ser inaplicado en uso de esta importante herramienta, que se erige como una de la formas de asegurar la aplicación directa de los principios y derechos contenidos en la Constitución y por ende el mayor desarrollo de los mismos.

Sin embargo, en materia de principios laborales el tema es aún menos pacífico si tenemos en cuenta que la Constitución de Colombia dentro de su techo ideológico alberga valores en muchas ocasiones contradictorios, sobre todo en cuanto a la dirección de la economía y el sostenimiento del sistema de seguridad social. Por tales razones el alcance que el legislador le otorga a un principio es mucho menor al que le puede otorgar un juez en el caso específico, razones para tener en cuenta a los principios laborales constitucionales como criterios de inaplicabilidad de la norma laboral cuando los efectos de esta en un caso específico no resultan proporcionales en comparación con las disposiciones normativas constitucionales y los precedentes de la Corte Constitucional. En esos casos el funcionario deberá en cumplimiento del principio de primacía de la Constitución, dejar de un lado la disposición laboral y darle el alcance directo al principio que se pondere de mayor peso sobre la situación concreta.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. La construcción de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Ad- hoc, 2010.

-----, Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007.

ALVIAR GARCIA, Helena. Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia. En Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BENITEZ PINEDO, Jorge Mario, *et al.* Principio de estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

-----, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

-----, Estructura y Límites de la Ponderación. En: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 26. Universidad de Alicante, 2003.

CARBONELL, Miguel. Marbury vs Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En línea. Recuperado el 10 de octubre de 2011 de http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/303_314.pdf

CARNOTA, Walter F. La mixtura del control constitucional argentino. Revista de derecho ISSN 1510 - 3714. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006.

CONTI, Augusto. Los principios del derecho del trabajo y su dimensión democrática. En: Manual de Derecho Laboral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Gedisa, 1992.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana. En: Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá D.C.: Legis, s.f.

ESTRADA VELEZ, Sergio Iván. La excepción de Principialidad. Bogotá D.C.: Temis, 2000,

GOMEZ SERRANO, Laureano. El control constitucional en Colombia: evolución histórica. Bucaramanga: Editorial Unab, 2001.

GRANADOS FERREIRA, Jackeline. Definición de la regla hermenéutica en la inaplicación de la norma del plan obligatorio de salud por parte de los jueces de Bucaramanga para la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad en el periodo 2007 – 2008. Trabajo de grado Magister Hermenéutica Jurídica. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Maestría de Hermenéutica Jurídica y Derecho, 2009.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios fundamentales del derecho del trabajo. Bogotá D. C.: Leyer, 1999.

HABERMAS, Jurgen. Facticidad y validez. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. Undécima edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1998.

JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo Colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

JULIO ESTRADA, Alexei. Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991. Capítulo tercero: La jurisdicción constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Décima quinta edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007.

-----, ¿Qué es la teoría pura del Derecho? México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 2004.

KLUG, Ulrich. Lógica jurídica. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá D.C: Legis, 2009.

MARTÍNEZ, Mauricio. La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial: la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

----- . La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.

ORTEGA MONTERO, Carlos Rodolfo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C.: s.n., 2002.

OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael. El discurso paternalista en la formación de la norma laboral: construcción histórica. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución y Valores del Ordenamiento. En: Estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García De Enterría, Tomo I. Madrid: Civitas, 1991.

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano, quinta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1997.

PEREZ SALAZAR, Mauricio. Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana. En: Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

PUYANA SILVA, Alfredo. El Sistema General de Seguridad Social: El subsistema de pensiones. En: Manual de Derecho Laboral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

REAL GUERRERO, Rodrigo. El control de constitucionalidad sobre interpretaciones judiciales. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SANCHEZ GIL, Rubén. El principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En: El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2007.

SEGRERA AYALA, Yira y TORRES MARENCO, Verónica. Alcances del derecho de asociación en Colombia a partir de los fallos de la Corte Constitucional colombiana con base en la influencia de los organismos internacionales sobre la materia. Revista de Derecho, Barranquilla: Universidad del Norte. 2005, 2J.

SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana. Bogotá: D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TOCORA, Fernando. Control constitucional y derechos humanos. Bogotá D.C.: Ediciones librería del profesional, 1992.

UPEGUI MEJIA, Juan Carlos. La teoría del escalonamiento normativo y la creación de normas constitucionales. Un análisis aplicado al caso colombiano. En: Hans Kelsen: 1881-1973. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.

VALLEJO CABRERA, Fabián. La Oralidad Laboral. Sexta edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2009.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Introducción al control constitucional. Teoría y aproximación a la práctica en Colombia. Bogotá: Ediciones Academia colombiana de Jurisprudencia, 2007.

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho administrativo laboral. Tomo I. principios, estructura y relaciones individuales. Séptima edición. Bogotá D.C.: Legis, 2005.

VITURRO, Paula. Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

ZUÑIGA BLANCO, Gilberto Augusto. Excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia. Revista de derecho. Barranquilla: Universidad del Norte. Volumen 1. Numero 16.

Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C - 673 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C – 600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Auto de febrero 27 de 2001. M. S. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, sentencia C – 400 de agosto 10 de 1998. M.P. Alejandro Martínez caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-545A de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra porto.

Corte Constitucional. Sentencia C- 673 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-818 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-1049 de 2003. M.P. Antonio Becerra Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-1017 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-1369 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-466 de junio 16 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia 252 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T-663 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia SU-519 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte constitucional. Sentencia C-409 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia T-509 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 22 de 2009, radicado 32249. M.P. Elsy del Pilar Cuello y Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 11 de 2000. Radicado 13561. M.P. Germán Valdés Sánchez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de enero 23 de 2007, radicado 27724. M.P. Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de enero 27 de 2010. Radicado 37514. M.P. Luis Javier Osorio López.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de septiembre 30 de 2004. Radicado 22842. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia 5273 de enero 27 de 1993. M.P. Ernesto Jiménez Díaz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 5 de agosto de 2009, radicado 36549. M.P. Luis Javier Osorio.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de febrero 4 de 2009, radicado 35306. M. P. Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de febrero 23 de 2010. Radicado 36892. M.P. Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 17 de marzo de 2010, rad. 29694. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 12 de 2011. Radicado 41762. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de mayo 5 de 2010, radicado 35790. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de agosto 5 de 2009, radicado 36549. M.P. Luis Javier Osorio López.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 7 de 2010, radicado 38836. M.P. Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 27 de abril de 2010, radicado 37469. M.P. Luis Javier Osorio López.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, radicado 35822. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 7 de diciembre de 2010, radicado 36761. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de septiembre 1 de 2009, radicado 33759. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de diciembre 11 de 2000, radicado 14830, M.P. Dr. Rafael Méndez Arango.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de junio 9 de 2011. Radicado 2010-00465. M.P. Henry Lozada Pinilla

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de marzo 4 de 2010. Radicado 2005-00488. M.P. Henry Lozada Pinilla

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de febrero 4 de 2010. Radicado 2009-00189. M.P. Henry Lozada Pinilla

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de marzo 18 de 2010. Radicado 2009-00374. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de julio 23 de 2010. Radicado 2009-00367. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de octubre 8 de 2010. Radicado 2009-00738. M.P. Ethel Cecilia Mesa de Mariño.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de febrero 24 de 2010. Radicado 2009-01071. M.P. Ethel Cecilia Mesa de Mariño.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de mayo 5 de 2011. Radicado 2010-00362. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de febrero 17 de 2011. Radicado 2009-01103. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de febrero 25 de 2011. Radicado 2010-00101. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de mayo 26 de 2011. Radicado 2008-00601. M.P. Henry Octavio Moreno.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de febrero 11 de 2011 de 2011. Radicado 2010-00099. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de diciembre 10 de 2011. Radicado 2009-00856. M.P. Laura Elsa Gamarra.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de enero 28 de 2011. Radicado 2009-00994. M.P. Laura Elsa Gamarra.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de junio 30 de 2011. Radicado 2010-00514. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de mayo 26 de 2011. Radicado 2010-01087. M.P. Henry Octavio Moreno Ortiz.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de septiembre 1 de 2011. Radicado 2007-00079. M.P. Henry Lozada Pinilla.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia de agosto 4 de 2009. Radicado 2009-00558. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia octubre 22 de 2010. Radicado 2009-00675. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Sala Laboral. Sentencia agosto 31 de 2010. Radicado 2009-00626. M.P. Henry Lozada Pinilla.