



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Laboral

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE

Coordinador Académico

Programa de Investigación Académica

**INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE
LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA**

ÁREA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

JUAN CAMILO LÓPEZ MEDINA

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor y la autoría del doctor JUAN CAMILO LÓPEZ MEDINA, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos

de investigación desarrollados en por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Fundionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.

- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y

formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un aprendizaje activo diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de aprendizaje social como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks” .

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de núcleos problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no

puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

CONTENIDO

ÁREA LABORAL

- 3** SOBRE LA INDEXACIÓN DE LA BASE SALARIAL PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES
- 17** EL FUERO DE MATERNIDAD
- 37** LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: DE LOS FORMAL A LO REAL
- 51** TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL DISCAPACITADO
- 75** LA INTEGRACIÓN DE LOS CONVENIOS DE LA OIT AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
- 87** SOBRE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA DESPEDIR TRABAJADORES QUE GOZAN DE FUERO SINDICAL DENTRO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
- 103** SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL PARA CONOCER DE ACCIONES LABORALES INTERPUESTAS CONTRA AGENTES Y MISIONES DIPLOMÁTICAS EXTRANJERAS

SOBRE LA INDEXACIÓN DE LA BASE SALARIAL PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por José Hoover Cardona Montoya, Orlando José Petro Vanderbilt, Carlos Andrés Molano Ausecha, Héctor Diego Mantilla Cuellar, Marcelina Cháves Ávila, Luz Marina Ibañez Fernández, Luz Amparo Gómez Aristizabal, Leida Ballén Farfán, Olga Lucía Pérez Torres, Carlos Mario Giraldo Botero, Ariel Árias Núñez y Darío Alberto Arbeláez Cifuentes en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Uno de los eventos más complejos en la vida laboral tiene ocurrencia en el momento del retiro, pues al impacto psicológico que supone el hecho de no continuar ejerciendo una actividad determinada se le suma, con frecuencia, la incertidumbre de no saber con qué recursos se cuenta para subsistir en el futuro. El derecho laboral intenta responder a esta circunstancia a través de un sistema, legalmente regulado, mediante el cual los trabajadores reciben una contraprestación, comúnmente llamada pensión, que es producto de la contribución mancomunada del trabajador y de su empleador a lo largo del tiempo, y tiene el propósito de asegurar la supervivencia de quien termina, al menos formalmente, su ciclo productivo.

En la práctica, sin embargo, este sistema que sirve de base para el reconocimiento de la pensión es complejo. En primer lugar, y por tratarse de una situación legalmente regulada a través de normas jurídicas sujetas a cambios, es posible que varias leyes entren en conflicto al momento de establecer las reglas específicas que han de aplicarse a un caso particular. En segundo lugar, el reconocimiento de una pensión de retiro es un acto que está esencialmente ligado al cumplimiento de determinadas obligaciones a lo largo del tiempo (i.e., el haber trabajado durante un lapso determinado y el haber

contribuido a la consolidación de la pensión), y al hecho de haber alcanzado una etapa del ciclo vital en la que se hace más difícil el ejercicio de la actividad comúnmente desarrollada (i.e., alcanzar una edad límite que se conoce, precisamente, como la edad legal de retiro).

Estas dos condiciones prefiguran, de manera general, el tipo de conflictos jurídicos asociados con el reconocimiento de una pensión. Por un lado, resulta fundamental establecer cuáles son las reglas controlantes que se aplican a cada caso concreto y, de otra parte, es indispensable constatar el cumplimiento de las condiciones de tiempo y edad que, usualmente, son la base del reconocimiento de la pensión dentro del sistema de seguridad social adoptado en Colombia.

Ahora bien: con frecuencia se aprecian casos en los que un trabajador ha cumplido con el tiempo de servicio necesario para solicitar la pensión y, sin embargo, debe esperar a cumplir la edad legal de retiro. En estos casos, como resulta obvio, transcurre un lapso entre el momento en que el trabajador deja de ejercer la actividad laboral y el momento en el que se reconoce su pensión. Desde el punto de vista económico el paso del tiempo supone un perjuicio para el acreedor, pues la moneda se deprecia por efecto de la inflación. En estos eventos se pregunta, entonces, si resulta procedente indexar la suma de dinero que sirve de base para la liquidación como una forma de proteger el poder adquisitivo de la pensión reconocida al trabajador.

Este es, precisamente, el problema jurídico que se intenta abordar con la exposición de la línea de jurisprudencia que se hace a continuación. En términos sintéticos nos interesará saber si es procedente la indexación de la base de liquidación de la pensión de jubilación que se reconoce a un trabajador cuando transcurre tiempo entre el momento en que se deja de trabajar y el tiempo en el que se cumple la edad legal de retiro. En la práctica judicial, este tema se plantea en los siguientes términos: ¿Resulta procedente la indexación de la primera mesada pensional? A continuación se presenta el gráfico de la línea jurisprudencial que muestra la manera como las altas cortes del país han dado respuesta a este problema jurídico.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Resulta procedente la indexación de la primera mesada pensional?

TESIS A

SÍ es procedente la indexación de la primera mesada pensional exigible con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

CSJust Lab, 19-08-1982				
CSJust Lab 1S, 15-09-1992				
CSJust Lab 1S, 08-02-1996 J. Palacio				
			CSJust Lab 1S, 01-09-1998 R. Herrera	
			CSJust Lab 1S, 08-08-1999 C. Nader	
			CSJust Lab 1S, 06-07-2000 F. Vásquez	
			CSJust Lab 1S, 16-10-2001 J. Herrera	
C Const, SU 120/2003 A. Tafur				
C Const, C 862/2006 J. Córdoba				
C Const, C 891A/2006 R. Escobar				
CSJust Lab 1S, 20-04-2007 L. Osorio				
CSJust Lab 1S, 31-07-2007 C.T. Pacheco				

TESIS B

NO es procedente la indexación de la primera mesada pensional exigible con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La metáfora de la “línea jurisprudencial” como forma de describir el desarrollo de los criterios analíticos que utilizan los jueces a lo largo del tiempo para la resolución de un problema jurídico determinado es inexacta. Y es inexacta si al emplearla se quiere dar a entender que las aporías relevantes para el derecho se desenvuelven de manera homogénea y lineal. En la práctica, las líneas de jurisprudencia sobre temas interesantes y evocadores son ondulantes y se desarrollan a lo largo de varios puntos de encuentro y desencuentro. Esto es lo que ocurre, precisamente, con la línea jurisprudencial que alude a la indexación de la primera mesada pensional.

A continuación se presentarán los periodos a través de los cuales se plantean distintas respuestas al problema jurídico que indaga por la procedencia de la corrección monetaria de la primera mesada. Se trata, desde luego, de un punto de vista que intenta dar sentido a un conjunto de providencias que, a falta de una organización plausible, pueden dar la impresión de estar atravesando un campo desarticulado y conflictivo.

3.1 Primera etapa: de 1982 a 1998

Es en año de 1982 donde los jueces encuentran el punto de partida de la presente línea jurisprudencial.¹ Aunque el caso que se cita no versaba directamente sobre la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, se trata de un precedente clave a la luz del problema jurídico que se intenta comprender.² En dicha ocasión, la Corte Suprema se pronunció dentro de un proceso ordinario en el que el trabajador demandante ponía en conocimiento de la autoridad judicial el hecho que, durante un período 20 años, el empleador demandado había incrementado el salario pactado tan solo una vez. En sus consideraciones, la Corte reconoció la procedencia de la indexación de las acreencias laborales –en este caso representadas por el salario del de-

1 CSJ Laboral 18/ago/1982 e8484,

2 Se trata de un caso en el que el demandante prestó sus servicios personales a la Compañía demandada a través de un contrato de trabajo que tuvo duración entre el 19 de agosto de 1958 el 8 de septiembre de 1977. El salario inicialmente estipulado fue un básico de \$400.00 pesos mensuales reajustado posteriormente, y en una sola ocasión a \$620.00 pesos, más comisiones sobre ventas y del uno y medio (1.5%) sobre cobros.

mandante- como condición para lograr “la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio Social”.³ Sin embargo, el máximo tribunal se abstuvo de proferir una orden a favor de los intereses del demandante debido a que el salario acordado era superior al salario mínimo legal vigente para la época. Además, señaló que el principio contenido en el Artículo 1 del CST⁴ no facultaba a la judicatura para hacer el reajuste solicitado. Para la Corte resultaba claro, en consecuencia, que en un caso como este debía privilegiarse la voluntad de las partes, consignada en el contrato de trabajo, en concordancia con el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST) que sobre el particular señala que: “el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades..., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.”⁵

Se dice que este es un fallo central en la línea jurisprudencial, pues se trata del precedente común que la Corte utilizará luego en buena parte de la década de los años noventa para resolver los primeros casos en la materia. Por ejemplo, en el año de 1992 la Corte se pronunció sobre un caso en el que el demandante solicitaba la indexación de la primera mesada de la pensión que ahora exigía como consecuencia del despido injusto del que había sido víctima.⁶ En dicha ocasión, la Corte reiteró el derecho que le asiste a los trabajadores a obtener la indexación de sus acreencias laborales⁷ que, en este caso en particular, suponía la corrección monetaria por el período comprendido entre el momento en que el trabajador fue injustamente despedido hasta el momento en que se reconoce la pensión. No obstante, la Corte constató que el demandante no cumplía aún con el requisito de edad mínima para proceder al reconocimiento de una pensión proporcional

3 Cfr. Artículo 1, CST.

4 CST, Artículo 1. Dice la norma: “La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia de las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.”

5 CST, Artículo 230.

6 CSJ Laboral SI 1/sep/1998 J. Herrera. Los hechos en los que puede sintetizarse el caso son: 1. el demandante prestó sus servicios personales en la Cámara de Comercio de Sogamozo por un término de 16 años, 11 meses y 26 días; el salario promedio del último año fue de \$128.500.00 mensuales; 3. el demandante fue despedido sin justa causa; y, 4. ahora solicita el pago de la pensión proporcional de jubilación a partir del momento en que cumple 50 años de edad.

7 Para el efecto se apoyó en lo dicho en las sentencias de la Corte Suprema, Sala Laboral, del 18 de agosto de 1982; del 31 de mayo de 1988; del 8 de abril de 1991; del 13 de noviembre de 1991; y, del 20 de mayo de 1992, entre otras.

al tiempo de servicio laborado. En consecuencia, procedió a declarar “la excepción *antes de pago*”.⁸ Posteriormente, en el año de 1996,⁹ la Corte resolvería un caso similar. En aplicación del precedente de 1992, se ordenaría la indexación de la primera mesada pensional.¹⁰

3.2 Segunda etapa: de 1998 a 2006.

Pocos años después, la Corte empezaría a reconocer una serie de condiciones particulares que cambiaron el rumbo jurisprudencial inicialmente trazado. En primer lugar, la Corte señaló que cuando la pensión era el resultado de un acuerdo entre las partes (por ejemplo, una conciliación en la que se pactan unas condiciones particulares de terminación del contrato laboral), no procedía indexar la primera mesada.¹¹ En esta ocasión, el carácter extralegal o voluntario de la prestación acordada imponía respetar el principio de autonomía de la voluntad antes que cualquier otro principio legal. Así, en dicho caso era claro que las partes habían establecido los requisitos de tiempo y edad para el reconocimiento de la pensión; un acuerdo que no contenía ningún mecanismo de corrección monetaria y que, por lo tanto, los jueces no podían más que hacerlo respetar. En segundo lugar, poco tiempo después,¹² la Corte se negaría a reconocer otra solicitud de indexación de la primera mesada, como parte de un acuerdo voluntario realizado por las partes en el que no se había previsto ninguna forma de indexación.¹³ Adicionalmente, en dicha

8 Este principio fue reiterado luego en las sentencias Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, 8 de febrero de 1996, radicación No 7996. M.P. Jorge Ivan Palacio, entre otras.

9 CJS Laboral S1 25/mar/95 e7996 J. Palacio.

10 En este caso el demandante había dejado de trabajar el 25 de octubre de 1974 y cumplió los requisitos para recibir su pensión el 2 de octubre de 1981. Para la Corte era claro, entonces, que correspondía realizar la correspondiente corrección monetaria en reconocimiento de la depreciación de la moneda entre el momento de terminación del vínculo laboral y el momento en el que nació el derecho a recibir la pensión.

11 CJS Laboral S1 1/sep/1998 e10409 J. Herrera. Los hechos del caso son los siguientes: 1. el actor trabajó al servicio de la empresa demandanda del 20 de marzo de 1956 al 17 de enero de 1974; 2. el último salario promedio mensual ascendía a la suma de \$12.000.00 pesos; 3. el 17 de enero de 1974 las partes suscribieron acta conciliación en la cual la empresa se comprometió a pagar al actor pensión de jubilación a los 55 años de edad; 4. el actor cumplió la edad de 55 años el 6 de mayo de 1987; 5. la pensión de jubilación fue reconocida en cuantía mínima (\$9.000); y, 6. la pensión resultó inferior al 75% del valor real del salario devengado por el acto durante el último año de servicio.

12 CSJ Laboral S1 18/ago/1999 e11818 C. Náder.

13 Los hechos relevantes del caso son: 1. el señor Domingo Antonio Flórez Cárdenas laboró al servicio de la entidad demandada, del 4 de diciembre de 1970 al 15 de noviembre de 1991; 2. el contrato acordado por las partes fue terminado por mutuo acuerdo, a través

oportunidad el Tribunal declaró la improcedencia de la indexación cuando el derecho se hacía exigible antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, cuyo artículo Artículo 21, entre otras disposiciones, señala que:

Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, *actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*¹⁴

De acuerdo con la Corte, antes de la expedición de la Ley 100 no existe norma legal alguna que consagre el mecanismo de actualización monetaria. De esta manera se acoge un criterio férreamente legalista de acuerdo con el cual la indexación sólo procede si existe norma positiva expresa que la permita. Este criterio fue reiterado, entre otras, en las sentencias: Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, 6 de julio de 2000, Rad. 13336. M.P, Fernando Vázquez Botero; y, Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, 16 de octubre de 2002, radicación 18518. M.P, José Roberto Herrera.

3.3 Tercera etapa: de 1992 a 2003

Mientras esto ocurría en la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, bajo la égida de la Constitución de 1991, también había conocido de casos en los que estaba en juego la indexación de la primera mesada pensional. La posición jurisprudencial trazada por esta Corporación desde los años noventa hasta principios del Siglo XXI, en contrapunto con la versión acogida por la Corte Suprema a partir de 1998, finalmente se pudo unificar en 2003.¹⁵

del acta de conciliación en la que se pactó reconocer el derecho a la pensión cuando el trabajador cumpliera los 47 años de edad, de acuerdo con la Convención Colectiva 1990-1992 3. el 8 de junio de 1995, el demandante cumplió la edad referida y a partir de tal fecha la entidad le reconoció la pensión; 4. la prestación fue liquidada con base en la convención colectiva sobre un ingreso promedio mensual de \$255.627; 5. el valor de la mesada reconocida fue de \$191.720 suma equivalente al 75% de aquella, pero inferior a lo que en derecho le correspondía, porque al momento de su retiro devengaba el equivalente al 3.7 salarios mínimos legales de 1991; y, 6. la mesada reconocida era igual a 1.61 salarios mínimos de 1995, produciéndose una desmejora de su pensión en un 57%.

14 Énfasis no original.

15 CConst. SU-120/03 A. Tafúr.

Allí se reconoció la procedencia de la indexación de la primera mesada para las pensiones legales y convencionales.¹⁶ El argumento que sirvió de sustento de dicha decisión reconocía el poder normativo directo de los principios constitucionales contenidos en los artículos 25 (derecho al trabajo), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (principios fundamentales del Estatuto Nacional del Trabajo) de la Constitución Política. En consecuencia, cuando los jueces no consideran los derechos fundamentales mínimos, que se encuentran garantizados en dichos artículos del ordenamiento constitucional, quebrantan los artículos 29, 228 y 230 constitucionales e incurrir, por lo tanto, en vía de hecho. Para esa Corporación era claro, entonces, que “tales preceptos regulan los derechos y prerrogativas de los trabajadores y de los pensionados e informan todas las previsiones del ordenamiento”.¹⁷ En particular, la Corte Constitucional enfatizó los principios que velan por la garantía del poder adquisitivo de los recursos dedicados a las pensiones (tal y como se señala en el artículo 48 C.P.), y la naturaleza vital y móvil de las prestaciones laborales (como lo establece el artículo 53 C.P.).

Así, el juez constitucional echa mano a la Carta Política para rescatar de ella una serie de preceptos que utiliza como contrapeso a los principios de autonomía de la voluntad privada y de legalidad que durante esta misma época defiende la Corte Suprema. Al proceder de esta manera la Corte Constitucional recuerda a sus colegas de la Suprema el cambio cualitativo que se dio en el ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la Constitución del 91: en ejercicio de sus funciones, los funcionarios judiciales y los particulares encargados de impartir justicia están sometidos, en primer lugar, al imperio de la Constitución y, luego, a las leyes que se encargan de desarrollarla.¹⁸ En este orden de ideas, resulta imposible, al menos cuando están en juego los principios fundamentales reconocidos a todos los colombianos, excusar el incumplimiento del orden constitucional en la inexistencia de una norma legal que se encargue de desarrollarlo. Una de las funciones propias e irrecusables de la judicatura consiste, precisamente, en decidir los casos que ante ella se

16 Los hechos de esta sentencia se pueden condesarse de la siguiente manera: 1. los actores prestaron sus servicios personales en la CAJA AGRARIA por más de 20 años; 2. la terminación de los respectivos contratos de trabajo ocurrió antes de haber alcanzado la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación; 3. la pensión reconocida fue inferior al 75% del salario real devengado a tiempo de su retiro; 4. al momento de presentar la tutela cuentan con más de 55 años que es la edad requerida en su caso para el reconocimiento de la pensión; y, 5. la empresa accionada se vio obligada a indexar la primera mesada de otras que se encuentran en su misma situación.

17 Ibid.

18 Cfr. artículo 4 C.P.

ventilan; en particular aquellos en los que se hace evidente la existencia de una laguna u omisión por parte del legislador.¹⁹

3.4 Cuarta etapa: de 2003 a 2006.

Podría pensarse que luego del pronunciamiento unificador de la Corte Constitucional la discusión quedaba zanjada. Pero no fue así. Ley en mano, la Corte Suprema de Justicia continuó sosteniendo que la indexación sólo procede respecto de las pensiones legales reconocidas a partir de la Ley 100 de 1993.²⁰ Frente al caudal de sentencias de tutela que indicaban lo contrario (ampliando la aplicación del principio de corrección monetaria a las pensiones legales y extralegales reconocidas a partir de 1991), la Corte Suprema señaló, entonces, que los pronunciamientos judiciales promulgados por la vía del amparo constitucional tenían efectos *inter-partes*, es decir, únicamente obligaban a las personas involucradas en el litigio. Este argumento reductor del alcance de los fallos de tutela se hizo extensivo incluso a las sentencias de constitucionalidad que se consideraban vinculantes solo en su parte resolutive.

Tuvo que pasar el tiempo para que la Corte Constitucional contara con la posibilidad de volverse a referir al tema. Esta vez lo haría al decidir dos acciones de inconstitucionalidad que versaban sobre la materia. En la primera de ellas, se demandó parcialmente el artículo 260 del CST, pues se consideraba que a pesar de haber sido derogados, los preceptos impugnados continúan produciendo efectos jurídicos al no prever la indexación del salario y/o ingreso base para liquidar la mesada pensional de los trabajadores que se retiren o sean retirados de una empresa una vez cumplido el tiempo de servicios legalmente establecido, pero sin alcanzar la edad fijada por el numeral 1 del artículo 260 del CST.²¹ En la providencia se señaló que al legislador le

19 Estos argumentos y esta forma de razonamiento se emplea luego en las sentencias: T- 290, T-663, T-1169, T-1191, T-1216 y T-1217 de 2003; T- 080, T-328, T- 606, T-805, T-815, T-1197 y T-1197 y 1244 de 2004; T- 098, T-296, T-320, T-469, C-590, T-599, T-635 y T-906 de 2005; Auto 343, T- 440 y T-447 de 2006; T-045, T-055, T-070, T-224, T-302, T-425, T-573, T-696, T-797, T-799, T-815, T-836, T-936, T-1055, T-1059 y T-1096 de 2007; T-045, T-055, T-070, T-224, T-302, T-425, T-573, T-696, T-797, T-799, T-815, T-836, T-936, T-1055, T-1059 y T-1096 de 2008; y, T-102, T-107, T-130, T-168, T-447 y T-570 de 2009, entre otras.

20 Ver, por ejemplo, CJS Laboral 1S. 6/jul/00 F. Vásquez y CJS Laboral 1S 16/oct/02 C.T. Pacheco.

21 Cfr. Corte Const. C-862/06 M.P. J. Córdoba. Esta sentencia estudia la demanda de inconstitucional contra los apartados del artículo 260 CST:

corresponde, en ejercicio de su libertad de configuración, “determinar los mecanismos idóneos para mantener la capacidad adquisitiva de las pensiones”²². No obstante, prosigue el argumento, frente a la ausencia de una previsión legal al respecto, omisión que a la larga termina afectando desfavorablemente a una categoría determinada de pensionados (i.e., aquellos cobijados por el artículo 260 del C. S. T.), se considera que la indexación es el mecanismo de corrección monetaria idóneo al haber sido acogido por la legislación vigente para los restantes pensionados. De esta manera, de lo que se trata es de brindar el mismo tratamiento a personas que pueden enfrentarse a circunstancias similares y, para el efecto, se procede a aplicar las reglas vigentes en casos regulados de manera explícita.²³

Por las anteriores consideraciones, continua la Corte, “se declararán exequibles los numerales 1 y 2 del artículo 260 del C. S. T. en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios del consumidor IPC certificada por el DANE”.²⁴ Y así se dispuso en la parte resolutive de la sentencia.

En la segunda sentencia de constitucionalidad²⁵ se declaró la exequibilidad de la expresión “y se liquidará con base en el promedio de los

Artículo 260. Derecho a la pensión.

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los *salarios devengados en el último año de servicio*.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

²² Ibid.

²³ Lo anterior no significa, según la Corte, “que a indexación sea el único mecanismo idóneo para la actualización de las mesadas pensionales que pueda implementarse, pues el Legislador en ejercicio de su libertad de configuración puede acudir a otros criterios, siempre y cuando garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la actualización de la salario base para su liquidación”. Cfr. *ibid*.

²⁴ Ibid.

²⁵ CConst. C-891A R. Escobar. En dicha oportunidad se demandó, parcialmente, el inciso tercero del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que se enfatiza a continuación:

salarios devengados en el último año de servicios”, contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto éste siga produciendo efectos, y “bajo el entendimiento de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata dicho precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE”.²⁶ En esta oportunidad, la Corte Constitucional reforzó el criterio ya referido en la Sentencia C-862 del mismo año en el sentido que “no siempre la reparación del efecto inconstitucional de una omisión exige ordenarle al legislador producir una regulación otorgándole un plazo para ello”.²⁷ La respuesta que se le ha dado a la omisión legislativa surgida del análisis de la parte demandada del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 corresponde a una elección que el legislador ha plasmado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, expedido con posterioridad a la Carta Política de 1991, y que la Corte Constitucional ha aplicado desde entonces para decidir casos referentes a otras clases de pensiones pendientes de exigibilidad. Así lo hizo al indicar que, en el caso de un pensionado, “el factor de actualización para la primera mesada pensional debe ser el índice de precios al consumidor”.²⁸ Luego se añadiría que “a partir de la vigencia de la Ley 794 de 2003, los indicadores económicos nacionales, tales como el índice de precios al consumidor, son hechos notorios y, como tales, no requieren prueba, por lo que no se exigirá en la aplicación de la fórmula que el DANE certifique el IPC”.²⁹

3.5 Quinta etapa: de 2006 en adelante

Al dejar establecidas las bases para la aplicación de la corrección monetaria a la primera mesada pensional, y al hacerlo, precisamente, en los términos que la Corte Suprema de Justicia reconoce como vinculantes –por estar contenidos en la parte resolutive de una sentencia de

Artículo 8º.

(...)

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

²⁶ Ibid. Así quedó establecido en la parte resolutive de la sentencia.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁹ Ibid.

constitucionalidad-, la Corte Constitucional propició un reacomodamiento jurisprudencial que a partir de 2006 que permitió que la Corte Suprema de Justicia se decidiera a aplicar principios que los dos tribunales lograron unificar. Por esta razón, las sentencias emitidas por la Corte Suprema desde el año 2007³⁰ en adelante³¹ reconocen la aplicación de la corrección monetaria tanto de las pensiones legales como de las pensiones extralegales y aplican dicho principio a todas las pensiones decretadas a partir de la promulgación de la Constitución vigente el 7 de julio de 1991. Se logra, de esta manera, un equilibrio jurisprudencial que reconoce la jerarquía de los principios constitucionales sobre el principio de legalidad y permite la aplicación extensiva de medidas en favor de los intereses de los trabajadores cuando quiera que se descubre un vacío u omisión legislativa.

¿Qué podemos aprender a partir de de la exposición de esta línea jurisprudencial? La parte final de este artículo está dedicada a plantear algunas reflexiones a manera de conclusión.

30 CJS Laboral 31/jul/07 e29022. C,T, Pacheco Los hechos que resumen este caso son los siguientes: 1. el demandante prestó sus servicios personales a la Caja Agraria del 8 de septiembre de 1971 al 29 de septiembre de 1991; 2. el último salario devengado fue de \$460.319 equivalente a 8.9 salarios mínimos mensuales; 3. la empresa reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 24 de octubre de 1999; 4. la mesada inicial fue de \$345.239 pesos, correspondiente a 1.9 veces el salario mínimo vigente en ese año. 5. la pensión es inferior al 75% de los salarios mínimos mensuales que devengaba al momento de su retiro.

31 Cfr., entre otras, las sentencias: de mayo 28 de 2007, radicado 27242; de junio 26 de 2007, radicado 28452; junio 31 de 2007, radicado 29022; y septiembre 29 de 2009, radicado 34093; de la Corte Suprema de Justicia.

4. CONCLUSIONES

La pensión de jubilación constituye un derecho a favor de los trabajadores que se articula como una contraprestación económica reconocida al momento de la terminación del ciclo productivo formal. En algunas ocasiones, sin embargo, entre el momento que se termina la relación laboral y el momento en que se empieza a disfrutar la pensión -porque el trabajador llega a la edad legal de jubilación- transcurre un período de tiempo que tiene efectos económicos específicos. En efecto, el monto que sirve como base para la liquidación de la pensión, como toda obligación dineraria, se deprecia con el paso de los años. Ante esta situación es necesario indagar si resulta procedente la indexación de la primera mesada pensional.

En esta materia existen dos posiciones diferentes. Por un lado, la tesis que señala la imposibilidad de indexar la primera mesada pensional se fundamenta en dos argumentos específicos: en primer lugar, se considera que cuando entre el empleador y el empleado existe un acuerdo expreso respecto de la forma y el momento de recibir la pensión de jubilación, los jueces deben respetar lo pactado por las partes. Dicha convención tiene pleno valor, desde luego, siempre que la cifra base para la liquidación pensional sea mayor al salario mínimo. De esta manera se privilegia la voluntad que se expresa en el propio contrato de trabajo o en el proceso de conciliación al que acuden las partes. Los primeros fallos que integran la línea jurisprudencial que se expone en este capítulo, procedentes de la Corte Suprema de Justicia, se fundamentan en este criterio. Por otro lado, se señala que la indexación de la primera mesada pensional solo es posible en tanto exista una norma legal expresa que así lo señale. De acuerdo con este argumento, al juez no le es posible reemplazar al legislador para ordenar un beneficio que el ordenamiento jurídico no contempla. Durante un buen período de tiempo la CSJ acogió este criterio que beneficia, por ejemplo, a los trabajadores cuya pensión de jubilación se rige por la Ley 100 de 1993. En esta disposición existe una cláusula expresa que ordena la actualización de las acreencias tasadas en pesos y, por lo tanto, tal es la regla que las autoridades administrativas y judiciales deben aplicar.

Por otra parte está la tesis, actualmente vigente, que señala la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional. Nuevamente,

esta postura se sustenta en dos argumentos específicos. Por un lado, tal como lo expresó la CSJ en el fallo de 1982, la corrección monetaria de las sumas de dinero se fundamenta en la aplicación de elementales principios de justicia que han de velar por los derechos de quienes han prestado un servicio por un largo período de tiempo. No obstante, como ya se sabe, esta tesis no prosperó en aquella época. Luego, con la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional se encargaría de reconocer la necesidad de actualizar la primera mesada pensional en aplicación de los principios supraleales que velan por el derecho al trabajo (Artículo 25 C.P.) y por la conservación del poder adquisitivo de la moneda (Artículo 53 C.P.). Estos principios, resulta obvio, deben interpretarse en beneficio de los propios trabajadores. Este es el criterio que hoy en día compartido por las dos altas cortes: por lo menos desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991 debe indexarse la primera mesada pensional.

EL FUERO DE MATERNIDAD

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por María Claudia Delgado Moore, Lina María Hoyos Hormechea, Elena Milena Cantillo Candelarios, Edna Constanza Lizarazo Cháves, María Dolores Carvajal Niño, Eneida Patricia Moreno Álvarez, Carlos Alberto Camacho Rojas, Germán Rincón Durán Carvajal en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

Son muchos los años de lucha y las consignas promulgadas en favor del reconocimiento de la igualdad de las mujeres en los distintos campos de la vida social. A pesar de los evidentes avances y transformaciones que se han dado y de que las mujeres cada vez sean, en mayor medida, las guionistas de su propia historia, es indudable que en la actualidad existen y persisten prácticas discriminatorias que las ponen en franca desventaja. Se trata de prácticas que imponen serias barreras para el desarrollo de proyectos de vida autónomos en los que la mujer determine su camino en todas las direcciones posibles. Prácticas que las obligan a renunciar a sus opciones o que les imponen sacrificios de gran calado para el logro de sus metas. Prácticas que, a pesar de haber sido condenadas o repudiadas por aspiraciones normativas de orden nacional o supranacional, continúan presentándose con frecuencia y sin enmascaramiento.

1.1 La mujer y los retos del mundo laboral

El ámbito de las relaciones laborales es uno de los escenarios en los que todavía no se han removido los obstáculos para el pleno desarrollo de la mujer. Son diversas las barreras que aún se observan para garantizar plenamente la igualdad real de la mujer: (i) trabas para el acceso al empleo;

(ii) injustificada diferenciación en la remuneración salarial en comparación con los hombres; (iii) limitaciones en la capacidad de promoción de la mujer que impiden su ascenso a los cargos de dirección a pesar de su preparación técnica o profesional; (iv) realización de conductas de acoso u hostigamiento sexual de las mujeres; y, (v) discriminaciones originadas en la opción de la mujer por la maternidad. Estas son algunas de las situaciones que tienen que sortear las mujeres que han decidido incorporar el crecimiento y desarrollo profesional a su plan de vida.

Los factores de discriminación laboral de las mujeres se hacen mucho más notorios cuando la trabajadora opta por quedar en embarazo. El incremento de costos de producción a causa de la necesidad de reemplazar a la mujer después del parto, las ausencias o retrasos en el desarrollo de las actividades de la trabajadora como consecuencia de los controles médicos o de los trastornos propios del embarazo, la imposibilidad de desarrollar tareas relacionadas con el empleo con la misma agilidad o rapidez, los cambios físicos y emocionales de la mujer durante el embarazo que influyen su temperamento, entre otras circunstancias, se convierten en una explicación –más no una en justificación– para que en muchos casos se desatienda la estabilidad en el empleo de la mujer y se dé término al vínculo laboral por parte de los empleadores.

Para evitar la ocurrencia de estas prácticas, normas legales de orden constitucional y legal han consagrado una serie de garantías para proteger a la mujer y al niño que está por nacer. Así, por ejemplo, la Constitución política en sus artículos 13,³² 43³³ y 53³⁴ consagra una especial protección para la mujer embarazada mediante el reconocimiento de un derecho de orden constitucional a la estabilidad en el empleo. Adicionalmente, normas de inferior

32 1 “Artículo 13: (...) “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

33 “Artículo 43: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

(...)

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

jerarquía como las incluidas en el artículo 239 a 242 del Código Sustantivo del Trabajo,³⁵ o, en las diversas normas que regulan el empleo público –como, por ejemplo, las del Decreto 3135 de 1968-³⁶ también consagran una prohibición para despedir a la mujer durante el periodo de gestación y de lactancia.

De acuerdo con estas normas, el despido realizado durante este periodo se presume causado por el embarazo. Por ello, para la terminación del vínculo laboral con una mujer durante la gestación o el período de lactancia se hace necesaria la aprobación previa de autoridades administrativas que constaten que el despido no se produjo con ocasión del embarazo, sino por una justa causa. El empleador que no cumpla con este requisito se expone a tener que indemnizar y reintegrar a la mujer desvinculada en los términos establecidos en las disposiciones señaladas.

Ahora bien: el sistema normativo desarrollado para la protección de la mujer embarazada ha sido diseñado para ser aplicado en el contexto de relaciones laborales clásicas en las que son identificables claramente los elementos que definen la existencia de un vínculo laboral. Verificadas estas circunstancias resulta irrelevante que el empleador sea un particular o una entidad del Estado. No obstante, en la protección del derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada se está jugando una partida decisiva que en este ensayo analizará expresamente: en la situación actual del mercado laboral muchos trabajos funcionan de la mano de reglas legales flexibles en donde las garantías laborales clásicas están siendo eliminadas o importantemente relativizadas. La contratación civil de servicios, el cooperativismo y

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; (...) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

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

35 “Artículo 239: 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.”

36 Ver artículos 19, 20 y 21 del Decreto 3135 de 1968 que establecen estas garantías en términos similares a las del C.S.T.

asociacionismo desnaturalizados,³⁷ o la ocultación de relaciones laborales a término indefinido a través de la renovación permanente de contratos a término fijo; todos son ejemplos de la manera como se desarrollan los vínculos entre empleadores y trabajadores, cada día más frecuentes. El caso colombiano no se aparta de esta tendencia que, básicamente, le resta fuerza y aplicabilidad al derecho laboral ordinario. Con todo, lo que es más dicente es que estas formas alternativas de contratación laboral están lejos de ser consideradas, hoy en día, como subterfugios ilegales. Por el contrario, la mayor parte de ellas son legal, judicial y culturalmente aceptadas y el Estado, entre muchos otros empleadores, ha empezado a hacer uso de ellas como una forma rutinaria de reducción de costos laborales.

1.2 Planteamiento del problema jurídico

El derecho laboral clásico ha presentado resistencia a estas prácticas mediante la evocación del “principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas.” De la mano de este principio, se quiere controlar las formas de vinculación laboral que buscan evadir las garantías del derecho laboral ordinario. Sin embargo, ni siquiera este principio parece ofrecer suficiente resistencia para contrarrestar la nueva realidad laboral. El principio de primacía busca “levantar el velo” de prácticas contractuales que niegan u ocultan la dependencia laboral de los trabajadores. Lo paradójico de este estado de cosas es que las trabajadoras en estos regímenes flexibilizados se acostumbran, cada vez más, a esta clase de relaciones laborales (¿o contractuales?) en las que las normas del derecho laboral no parecieran no ser vinculantes para los empleadores.

Aunque la realidad no es muy alentadora, todavía se hacen esfuerzos por proteger los derechos de las mujeres trabajadoras. Este compromiso tiene que ver con la erradicación de los factores de discriminación entre hombres y mujeres en el contexto del trabajo. Dentro del conjunto de situaciones que ponen de manifiesto la necesidad de avanzar en el reconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en el ámbito laboral sobresale la eliminación de las desventajas y diferenciaciones ilegítimas a las que se ve sometida la mujer en razón del embarazo y la lactancia. Sin embargo, en contextos altamente flexibilizados existen fundadas dudas acerca de lo que puede hacer el

37 Sobre el particular, bien puede revisarse el capítulo dedicado a las Cooperativas de Trabajo Asociado que hace parte de esta publicación.

derecho por las mujeres que trabajan: ¿qué tan efectivas o útiles resultan estas disposiciones normativas para eliminar las barreras de acceso o permanencia de las mujeres en el empleo? Este es, precisamente, el problema jurídico que al que se intentará dar respuesta a través de la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se propone a continuación.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿En contextos de relaciones laborales flexibilizadas, qué tan alto es el nivel de protección a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas o de las madres lactantes?

TESIS A

Existe un **moderado** nivel de protección en el que se privilegia la flexibilización laboral en detrimento de los derechos de las mujeres trabajadoras.

C Const, T 1562/2000 C. Pardo				
		C Const, T 1101/2001 M. Cepeda		
		C Const, T 697/2001 A. Tafur		
		C Const, T 550/2004 M. Cepeda		
		C Const, T 900/2004		
		C Const, T 1244/2005 M. Cepeda		
		C Const, T 631/2006 M. Monroy		
		C Const, T 132/2008 M. Monroy		
			C Const, T 095/2008 H. Sierra	
			C Const, T 687/2008 J. Córdoba	
			C Const, 471/2009 J. Palacio	

TESIS B

Existe un **alto** nivel de protección en el que se da primacía a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas.

La comprensión de esta línea jurisprudencial requiere hacer una serie de consideraciones previas. En primer término, el patrón fáctico común en las sentencias analizadas es el de reclamaciones en sede de tutela de mujeres retiradas de sus empleos durante el periodo de gestación. Estas mujeres demandan la protección del derecho fundamental a la igualdad y la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Un factor adicional que conecta estas decisiones judiciales tiene que ver con la existencia de vínculos laborales flexibilizados entre las accionantes en el proceso de tutela y la parte demandada (mujeres que han firmado contratos de prestación de servicios, que hacen parte de una cooperativa de trabajo asociado, etc.). Sin embargo, las accionantes pretenden que, aún a pesar de la forma jurídica en la que se ha suscrito su contrato, les sean garantizados sus derechos a la estabilidad laboral reforzada durante el embarazo mediante la invalidación de la terminación del vínculo contractual que, en realidad, es la terminación sin justa causa de una relación laboral. Lo que se reivindica aquí, entonces, es el reconocimiento de las garantías contempladas en las normas legales y constitucionales en favor de las mujeres trabajadoras.

Los demandados, por su parte, argumentan la inexistencia de relaciones de orden laboral. De ahí derivan, en consecuencia, que las mencionadas garantías no resultan aplicables para el caso. En las decisiones analizadas, la vinculación se “encubre” a través de contratos de carácter civil o asociativo, mediante contratos de prestación de servicios o contrataciones a través de cooperativas de trabajo asociado. Del mismo modo, en algunos casos, lo que se discute es la existencia de relaciones laborales flexibles en modalidades menos radicales. En efecto, se trata de contratos de trabajo a término fijo en los que el componente de flexibilización se extrae de las diferencias en los puntos de vista sostenidos por las partes. Así, mientras los demandados excusan la terminación de la vinculación en la finalización del término del contrato o de la obra para la que se efectuó la contratación -y no en la condición de gravedad de la mujer desvinculada-, las demandantes sostienen e intentan probar lo contrario.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para la solución del problema jurídico planteado, la Corte Constitucional ha asumido diversas posturas. Una primera posición, que puede calificarse como minoritaria, ha privilegiado la flexibilización del empleo. Por ende, ha sido menos garantista de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. En el conjunto de sentencias que se ubican en este polo de decisión, la Corte acepta argumentos como los siguientes para no reconocer la estabilidad reforzada de la mujer: (i.) que la terminación del vínculo contractual no obedeció al embarazo de la demandante porque el accionado desconocía el estado de gravidez de la mujer que reclama la estabilidad en el empleo; (ii.) que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de las garantías relacionadas con el fuero de maternidad; y, (iii.) que la terminación del plazo, labor o actividad para la cual se contrató a la accionante de la tutela se erige como una justificación suficiente para la terminación del vínculo existente, aun a pesar del estado de embarazo de la mujer.

Por el contrario, en decisiones más recientes la Corte Constitucional ha replanteado su postura en favor de una mayor protección de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. Así, y a pesar de la existencia de relaciones laborales flexibilizadas, la Corte ha tutelado el derecho de las reclamantes. La Corte se ha decidido, de esta manera, levantar el velo formal que disfraza el vínculo entre las partes contratantes y ha profundizado su análisis para establecer que a pesar de la apariencia lo que está en juego es el cumplimiento de verdaderas relaciones de carácter laboral. Por ende, ha llegado hasta a ordenar el reintegro definitivo de las mujeres desvinculadas.

El cambio jurisprudencial al que se acaba de hacer referencia no ocurrió de forma abrupta o repentina. Dentro de la línea jurisprudencial, como puede apreciarse en la gráfica, ciertos fallos adoptan una postura intermedia en la ponderación de los intereses en juego. A continuación se analizarán con mayor profundidad cada una de las posturas sostenidas por el tribunal constitucional para la solución del problema jurídico planteado.

3.1 Primera etapa: la ponderación de intereses le da un “espaldarazo” a la flexibilidad laboral

Vale la pena destacar que esta línea jurisprudencial no inicia con la primera sentencia reseñada en el gráfico del análisis. De hecho, la persistencia en la discriminación de la mujer embarazada produjo la elaboración de una jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional sobre esta materia. Esta jurisprudencia intentó desfundamentar las demandas de amparo presentadas por las mujeres para que fueran ventiladas en la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa dependiendo, desde luego, de la naturaleza del empleador.³⁸ Sin embargo, otros casos en los que se discutía la afectación del derecho al mínimo vital junto con la trasgresión de la estabilidad de la mujer embarazada abrieron la puerta para la intervención de la jurisdicción constitucional en estas controversias. Ya para el año de 1998, a través de la Sentencia T-373, la Corte decanta un conjunto de sub-reglas que respaldaban la procedencia de la tutela en los casos en los que se afectaba la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. De acuerdo con estas sub-reglas, que empezaron a ser aplicadas en escenarios de litigio de relaciones laborales clásicas u ordinarias, las normas legales y constitucionales establecen una protección reforzada para la maternidad que hace procedente la presentación de una tutela si se logra comprobar los siguientes supuestos:

“(1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador”.³⁹

Esta doctrina constitucional creada en el contexto de casos en los que la existencia de una relación laboral era indiscutible, es puesta a prueba ante el tribunal constitucional en decisiones relacionadas con lo que aquí se ha identificado como relaciones laborales flexibilizadas (i.e., contratos de prestación de servicios, contratos celebrados con CTA, etc.). En la Sentencia

38 Sobre el particular ver sentencia C. Const, T-527/92. F. Morón

39 C.Const, T-373 de 1998 E. Cifuentes.

T-1562 de 2000⁴⁰ una mujer solicita la protección de su estabilidad laboral y su derecho a la igualdad por considerar que esta garantía constitucional le fue afectada por la empresa de servicios temporales con la que había suscrito un contrato en el que se pactó su duración “por el tiempo que dure la realización de la obra o la naturaleza de la labor contratada”. La demandante señala que, durante el período de ejecución del acuerdo reseñado, quedó embarazada y así lo comunicó a la empresa temporal a la que prestaba sus servicios. De forma inmediata, la empresa procedió a la terminación del contrato y señaló que la terminación del contrato no obedeció al embarazo sino al cumplimiento de lo pactado en relación con su duración.

Para resolver este caso, la Corte inicia su argumentación trasplantando las sub-reglas originadas en la sentencia T-373 de 1998 a manera de *obiter dictum*. Sin embargo, al momento de analizar los hechos materia de la discusión, el Tribunal procedió a examinar la regulación que permite esta clase de vinculación laboral flexible, es decir, las normas de la Ley 50 de 1990. Del examen de estas normas concluyó que esta clase de vinculación laboral halla su respaldo en la legislación. Por este motivo deniega el amparo solicitado señalando que:

“Es evidente que la peticionaria, al momento de suscribir los contratos, conocía de antemano las condiciones de trabajo y, en esa medida, el carácter temporal de las labores que debía desarrollar, razón por la cual no es posible suponer que la causa de su retiro obedeció a motivos distintos de la realización de la obra contratada.

“Entonces, es evidente que la terminación del “contrato individual de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o la naturaleza de la labor contratada”, se debió, precisamente, a la finalización del evento al cual se destinó el trabajo de la actora, más no, según se alega en la demanda, a su particular estado de gravidez”⁴¹.

Esta tajante decisión parecía acabar con la aspiración de las mujeres contratadas bajo modalidades flexibles de vinculación laboral a que se respetara su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, la Corte

40 C. Const, T-1562 de 2000. C. Pardo Schlesinger.

41 Ibid.

da curso a otros casos en los que aún a pesar de condiciones de trabajo flexibilizadas está dispuesta a proteger esta garantía constitucional.

3.2 Segunda etapa: la Corte se decide a levantar el velo que encubre la relación laboral

En decisiones posteriores, la Corte replantea la ponderación que privilegia la flexibilidad en perjuicio de la estabilidad reforzada de las mujeres embarazadas expuestas a la terminación de sus contratos como consecuencia del embarazo. Para lograr este objetivo, el Tribunal decide “levantar el velo” que encubre verdaderas relaciones laborales mediante otras formas de vinculación. Haciendo uso del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas la Corte reconoce, en consecuencia, la existencia de vínculos de orden laboral y no civil o comercial, tal y como lo pretenden hacer ver los sujetos demandados en las acciones de tutela.

En relación con la contratación con empresas temporales la Corte tiene oportunidad de pronunciarse nuevamente. En la Sentencia T-1101 de 2001,⁴² la Corporación conoce del caso de una mujer empleada en una empresa temporal que queda en embarazo, comunica la situación a la empresa, pero es desvinculada con el argumento que la obra o labor para la que fue contratada había terminado. La Corte en esta decisión reconsidera la postura adoptada en la sentencia de 1998. Ahora se sostiene que

“[e]n virtud de los principios constitucionales reconocidos en el artículo 53 de la Carta que amparan el derecho al trabajo, independientemente del tipo de contrato de que se trate, se desvirtúa el carácter de trabajo temporal y las prerrogativas de este tipo de contratos, y se hace evidente que existió una relación laboral ordinaria entre SOS Empleados Ltda. y la actora, que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, era una trabajadora permanente de aquella, aún después de la terminación de sus labores en la empresa usuaria para la cual fue contratada. No existe en estos eventos un contrato por duración de la obra ni a término fijo, sino un contrato laboral a término indefinido que otorga a la trabajadora embarazada contratada en estas condiciones todos los derechos que le reconocen la Constitución y las leyes”.⁴³

⁴² C. Const, T-1101/01. M. Cepeda.

⁴³ Ibid.

Así, la Corte encuentra que la desvinculación de la mujer embarazada si obedeció a su estado y no a la terminación de la labor contratada. A esa conclusión arribó luego de analizar las pruebas del proceso y descubrir que la empresa temporal continuó prestando los servicios a la empresa usuaria con otras trabajadoras. De esta manera quedó claro que el empleador únicamente desvinculó a la trabajadora que se encontraba embarazada y que esta terminación se dio luego del conocimiento del estado de gravidez de la mujer.

Este precedente es reiterado en la decisión T-900 de 2004 en la que a pesar de que la empresa temporal aducía la terminación de la misión para la cual fue contratada la trabajadora desvinculada, la Corte encontró que existía una verdadera relación laboral y concedió la tutela por encuadrar el caso en las reglas para la procedencia de tutela como mecanismo de garantía de los derechos de la mujer embarazada.

La estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas también se vio privilegiada en otras clases de relaciones flexibilizadas. En la sentencia T- 697 de 2001,⁴⁴ por ejemplo, la Corte conoce de la acción interpuesta por una mujer a quien una entidad pública no le renovó el contrato de prestación de servicios a través del cual desarrollaba labores como docente en un establecimiento público. La demandante consideraba que se afectaba su derecho a la estabilidad laboral por la negativa de la entidad de renovar su contrato a pesar de que se encontraba en embarazo. Por su parte, la entidad pública accionada determinó que la no renovación del contrato no fue consecuencia del embarazo, pues desconocía el estado de gravidez de la demandante. El juzgado que conoció el caso negó el amparo deprecado al considerar que: “al contratista no le es posible exigir el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, ni la continuidad en el mismo, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de prestación de servicios, no tendrá frente a la administración municipal, sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y a la prolongación del mismo.”⁴⁵

La Corte Constitucional no compartió el argumento esgrimido por el tribunal de instancia. En lugar de centrar su análisis en el tipo de

44 C. Const, T-697 de 2001. A. Tafur.

45 Ibid.

vinculación que ostentaba la demandante, se dedicó, en cambio, a cotejar las sub-reglas diseñadas para amparar el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada. En el caso concreto encontró que la tutela era improcedente por cuanto a pesar de que el embarazo se dio durante el término de duración del contrato, no obraba ninguna prueba que permitiera concluir que la administración conocía del embarazo de la demandante. Por este motivo, negó la tutela, pero no con base en los argumentos sostenidos por los jueces de instancia, sino en razón a que el caso no encuadraba en las reglas diseñadas para esta clase de protección.

Otra modalidad de vinculación flexibilizada respecto de la cual la Corte Constitucional se pronunció para analizar si resultaba procedente reconocer o no la estabilidad reforzada de la mujer embarazada fue la concerniente a los contratos suscritos con cooperativas de trabajo asociado. En efecto, en la Sentencia T-550 de 2004,⁴⁶ la Corte conoce de la acción de tutela incoada por una mujer contra la cooperativa de trabajo asociado con la que había suscrito un contrato para realizar labores en un hospital. De acuerdo con la demanda, la peticionaria comunicó el estado de embarazo a la cooperativa. Posteriormente, se ausentó del cargo para realizarse unos exámenes médicos. Cuando regresó a reasumir sus funciones se le informó que el cargo en el hospital se había suprimido y que el vínculo asociativo se había contraído con la cooperativa y no con el hospital. La Cooperativa sostuvo, por su parte, que la terminación de la vinculación de la “asociada” no se debió a su embarazo sino a la supresión del cargo por parte del hospital. Adicionalmente, señaló que el hospital había informado de los constantes incumplimientos en el horario por parte de la “asociada”. Para resolver este caso la Corte decide, en primer término, esclarecer la clase de vínculo laboral realmente existente entre las partes para así proceder a su solución. Del examen realizado por el alto tribunal se concluye que entre las partes existía una relación laboral “encubierta” bajo la modalidad flexibilizada de contratación por intermedio de la cooperativa.

Acto seguido, la Corte aplica las reglas de decisión creadas para la protección a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada para establecer, en un caso concreto, si se podía encuadrar en la doctrina constitucional diseñada para estos fines. En esta oportunidad, la Corte comprobó que la mujer había sido desvinculada mientras estuvo embarazada y que además notificó

46 C. Const, 550 de 2004. M. José Cepeda

a la cooperativa de su estado con anterioridad a la desvinculación. Aquí la Corte asume una postura garantista en relación con el requisito relacionado con el conocimiento del empleador del estado de embarazo de la mujer, pues aunque en el expediente constaba que la accionante había enviado un escrito formal de comunicación del embarazo con posterioridad a la desvinculación, al proceso también se allegó una incapacidad médica en la que se establecía que, en ejercicio de sus funciones, la mujer había sufrido una amenaza de aborto. Esta prueba llevó a la Corte a concluir que efectivamente la cooperativa conocía del estado de embarazo de la mujer. Igualmente, el alto tribunal pudo establecer que el despido se había realizado sin autorización del inspector del trabajo y transgredía, por sí solo, el mínimo vital de la accionante. Por estos motivos otorgó la tutela como mecanismo transitorio de protección a la estabilidad reforzada de la demandante.

En otra decisión similar, la Corte Constitucional se decide a “levantar el velo” que encubría la relación laboral mediante la contratación con una cooperativa de trabajo asociado. En sentencia T-900 de 2004⁴⁷ la Corte conoce acción de tutela interpuesta por una “asociada” que señala la afectación de su derecho a la estabilidad laboral reforzada por su embarazo. Este caso se considera de interés no sólo por el hecho de que en esta decisión se reitera la solución adoptada en la sentencia T-550 de 2004, sino por los argumentos esgrimidos por la Corte para hacer uso del principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas como mecanismo para reivindicar la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes. La Corte hace un examen minucioso del contrato de asociación suscrito por la demandante con la cooperativa para concluir que, a pesar de la forma, su vinculación no se daba en calidad de cooperada sino de empleada. A esta conclusión se arribó debido a que la mujer no se beneficiaba con la distribución de los excedentes de la cooperativa –que definiría su situación si fuera asociada-, sino que, por el contrario, en el instrumento de vinculación a la cooperativa aparecían los típicos elementos de la relación laboral. Por este motivo, la Corte concluye que, a pesar de la formalidad, la realidad que operaba revelaba la existencia de un vínculo laboral que debía respetar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Finalmente, para solucionar el caso concreto la Corte cotejó el cumplimiento de las cuatro sub-reglas decantadas y concluyó que era procedente conceder la tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial.

47 C. Const, T-900 de 2004. J. Córdoba Triviño.

No obstante los casos reseñados, la apelación de la Corte al principio de realidad no puede calificarse como totalmente garantista del derecho a la igualdad y del derecho a la estabilidad reforzada de las mujeres embarazadas. Lo anterior se debe a que la Corte, durante todo este periodo, hizo una interpretación bastante rígida de las sub-reglas diseñadas para el reconocimiento de estas garantías mediante acción de tutela. Esta interpretación rígida se basó en el trasplante de sub-reglas que se habían diseñado originalmente en contextos de relaciones laborales ordinarias. Por ello, en algunos casos este trasplante no permitió que se concediera la tutela a las accionantes como ocurrió en decisiones como la T-1244 de 2005,⁴⁸ T-631 de 2006,⁴⁹ o T-132 de 2008.⁵⁰ En estos casos, la Corte niega la protección de la estabilidad laboral por el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados por la doctrina constitucional, en especial, el requisito que exige que el “empleador” tenga conocimiento del embarazo de forma previa a la terminación de la vinculación y el requisito de procedibilidad por afectación del mínimo vital.

Con todo, a partir del año de 2008 la Corte parece caer en la cuenta de un aspecto importante. Esta interpretación rígida probablemente no es la más adecuada en estos contextos laborales flexibilizados. Por ello, la Corte varía su jurisprudencia para ser más garantista de los derechos a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, inclusive en estos contextos.

3.3 Tercera etapa: un paso adicional hacia la plena protección de la estabilidad laboral de la mujer embarazada en contextos de contratación flexibilizados

Una decisión importante en esta línea jurisprudencial es la sentencia T-095 de 2008.⁵¹ Allí, la Corte cambia las sub-reglas de decisión en materia de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Esta variación impacta toda la jurisprudencia sobre el tema, sin importar que el vínculo laboral se enmarque dentro de relaciones laborales clásicas o dentro de relaciones laborales flexibilizadas. El caso objeto de esta decisión se origina en la acción interpuesta por una mujer que tenía un contrato a término fijo, inferior a un año, que en realidad era constantemente renovado. Sin embargo, luego de

48 C. Const, T-1244 de 2005. M. José Cepeda.

49 C. Const, T-631 de 2006. M. Gerardo Monroy

50 C. Const, T-132 de 2008. M. Gerardo Monroy.

51 C. Const, T-095 de 2008. H. Sierra Porto.

informar a la supervisora que se encontraba embarazada recibió comunicación en la que se le daba aviso de que no iba a renovarse su contrato. Para solucionar el caso, la Corte resuelve contrastar las pruebas del proceso con las reglas constitucionales para la procedencia de tutela como mecanismo de protección del derecho constitucional a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Por esta vía encuentra que la interpretación que la Corporación está haciendo de estas reglas es demasiado restrictiva y rígida. Esta rigidez se pone en evidencia al repasar el tercer requisito creado por la doctrina constitucional: que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora. Para la Corte esta interpretación desprotege los derechos de la mujer. En sus propias palabras:

“[la aplicación de este tercer requisito] ha llevado a situaciones de desprotección pues se convierte en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión. Puesto de otro modo: encuentra la Sala que conferir protección a la mujer únicamente cuando se ha comprobado que el despido fue discriminatorio esto es, que se despidió a la mujer en razón o por causa del embarazo, termina por restringir una protección que la Constitución confiere de manera positiva, en términos muy amplios, y cubija tanto a las mujeres gestantes como a los (as) recién nacidos (as).”⁵²

La Corte igualmente analiza las disposiciones que consagran la prohibición para despedir a la mujer embarazada y determina que de la lectura de estas normas no se desprende como requisito para esta garantía el que el empleador se encuentre enterado del embarazo. Dice el alto Tribunal:

“Por el contrario, una interpretación rígida que marque el énfasis para otorgar la protección en que el empleador sabía del estado de gravidez de la trabajadora y no en que quedó embarazada durante la vigencia del contrato, trae como consecuencia que en los contratos a término fijo o por obra los empleadores tiendan a deshacerse muy fácilmente de las obligaciones en cabeza suya alegando que nunca supieron del estado de

52 Ibid.

embarazo de la trabajadora o que tal circunstancia les fue comunicada cuando ya le habían dado aviso de la no prórroga del contrato.”⁵³

La Corte considera necesario reinterpretar las disposiciones legales a la luz de las normas de la Constitución que le dan una entidad fundamental a la protección del embarazo y la lactancia. Alude, así, a los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución. A partir de esta reinterpretación concede la tutela al verificar que la mujer se encontraba embarazada cuando se dio término al vínculo laboral y que mediante esta decisión, que se ejecutó por la empresa sin las previsiones establecidas en las normas laborales, se afectaba el mínimo vital de la demandante.

¿Pero tendría esta variación de la doctrina constitucional efectos para los casos de relaciones laborales aún más flexibilizadas? La respuesta a este interrogante es afirmativa. En efecto, en decisiones posteriores la Corte hizo extensivo el nuevo precedente a vinculaciones laborales con estas características.

En la sentencia T- 687 de 2008,⁵⁴ la Corte acumula varias tutelas de trabajadoras vinculadas con empresas temporales y con cooperativas de trabajo asociado que fueron retiradas de sus empleos alegando la terminación de la labor para la que fueron contratadas. Las accionantes aducían que el verdadero motivo de la desvinculación consistió en su estado de embarazo. En los tres casos analizados la Corte concede la razón a las demandantes y otorga la tutela ordenando el reintegro de las accionantes a los cargos que desempeñaban. Así, sin importar el tipo de contrato con el que se encuentre vinculada la mujer, a la Corte ya no le resulta relevante que se demuestre el conocimiento del empleador del Estado de gravidez sino únicamente que el embarazo se haya producido durante la vigencia del contrato, inclusive si esta clase de contratos se han suscrito bajo modalidades que ponen en tela de juicio la existencia de relaciones laborales.

Esta decisión es reiterada nuevamente en sentencia T-471 de 2009⁵⁵ en la que la Corte conoce de un caso en el que la administración del Distrito Capital no renueva el contrato de prestación de servicios de una

53 Ibid.

54 C. Const, T-687 de 2008. J. Córdoba Triviño.

55 C. Const, T-471 de 2009. J. Iván Palacio Palacio.

empleada a pesar de su estado de embarazo. La Corte da solución al caso concediendo la tutela incoada al verificar que la labor para la cual se había contratado la demandante –atención a la población desplazada– se continuaba prestando en el Distrito. Y reitera:

“[e]stá proscrita la posibilidad de no renovar el contrato de cualquier mujer por razón o por causa del embarazo o en periodo de lactancia. Así mismo, independientemente del tipo contractual pactado, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada y de su hijo deben verificarse los requisitos o subreglas expuestas. Por ello, lo que debe determinarse en este tipo de casos, es si la terminación del vínculo tiene una relación directa o no con el embarazo, es decir, observarse si se configura un acto discriminatorio, que tenga como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro de la mujer afectada y las indemnizaciones según sea el caso.”⁵⁶

En el caso concreto la entidad demandada alegaba que no se enteró del estado de gravidez de la mujer y que, por ello, esta no era la causa que explicaba la falta de renovación del contrato. La entidad pública alegaba, además, que la razón de la no renovación se debía al cambio de administración y el consecuente proceso de empalme de la nueva administración. Sin embargo, la Corte reiteró la redefinición de la sub-regla en relación con el conocimiento del empleador y estableció que lo que era preciso constatar no era este requisito sino la comprobación de que el embarazo se produjo en el momento de ejecución del contrato. Como esta situación se dio en el caso concreto, encontró la Corte que era preciso conceder la tutela y ordenó a la Alcaldía el restablecimiento definitivo del contrato de prestación de servicios a la demandante. En esta decisión la Corte avanza un paso más en esta postura garantista de la estabilidad laboral de la mujer y el fuero de maternidad al conceder la tutela no con carácter transitorio sino como mecanismo definitivo y final para la protección de los derechos de la accionante.

⁵⁶ Ibid.

4. CONCLUSIONES

Las relaciones económicas actuales impulsan y legitiman la flexibilización de las relaciones laborales. En esta clase de escenarios, el reconocimiento de la estabilidad laboral de la mujer embarazada y la existencia de un fuero en su favor resultan extraños por ser garantías de corte clásico que provienen de relaciones laborales ordinarias en las que se configuran clara y expresamente los elementos del vínculo laboral.

Sin embargo, la discriminación de la mujer en los contextos laborales se continúa presentando y probablemente se acentúa en estos contextos flexibilizados en donde las reivindicaciones en favor de los derechos a la igualdad y a la autodeterminación de las mujeres resultan evidentemente inconvenientes, pues incrementan los costos de producción.

Ante esta situación, y debido a la persistencia de la discriminación de la mujer en el contexto laboral, la jurisprudencia constitucional ha intervenido de forma positiva para respaldar la importancia y entidad superior de los derechos a la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas. Mediante la apelación al principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas la Corte Constitucional ha hecho uso de la acción de tutela como instrumento de protección de estas garantías fundamentales.

Estos pasos avanzan en una dirección más garantista de los derechos de las mujeres. Así se constata en la variación de la doctrina constitucional en relación con requisitos como el conocimiento del empleador del embarazo para la procedencia del amparo. El impacto de esta jurisprudencia puede ser bien fuerte en estos contextos flexibilizados, pues al poner énfasis en que la terminación del vínculo haya ocurrido mientras la mujer se encuentre en embarazo o lactando a su hijo -sin que importe el que el empleador conozca o esté enterado del embarazo- se obliga a un replanteamiento de las condiciones de esta clase de contratos. De lo contrario, quienes se escudan en la flexibilización para el desconocimiento de los derechos constitucionales de las mujeres se ven expuestos al control y la intervención del juez constitucional en defensa de estos intereses.

De todas formas, el paso definitivo para la total garantía de estos derechos de la mujer lo dará el alto tribunal cuando desligue la necesidad de comprobar afectaciones al mínimo vital para declarar la procedencia de la acción de tutela en esta clase de controversias. La eficacia de la tutela radica precisamente en la posibilidad de corregir de forma inmediata la trasgresión o amenaza de los derechos fundamentales. No resulta adecuado exigir que esta clase de discriminaciones sean resueltas por jueces ordinarios cuando no se trata de casos en los que se compromete el mínimo vital porque en esta exigencia se diluye el deber del Estado de garantizar que el derecho de las mujeres a la igualdad sea real y efectiva. Este es un derecho sustancial que no sólo se protege con el reintegro o las compensaciones económicas a las que tengan derecho la mujer sino con la efectiva y total abolición de la discriminación como consecuencia la decisión de dar vida a un nuevo ser.

LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: DE LOS FORMAL A LO REAL

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Leonor Patricia Bermúdez, Ángela Lucía Murillo, María Consuelo Chacón Avellaneda, Eliana María Velásquez Velásquez, Mónica Patricia Carrillo Choles, María Eloísa Tovar Arteaga, Ana Cristina Vargas Guzmán y Wiston Marino Perea Perea en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el Ministerio de Protección Social,⁵⁷ en marzo de 2010 existían alrededor de 5400 cooperativas de trabajo asociado (en adelante CTA) registradas ante esa entidad. Adicionalmente, para el año 2009, éstas contaban con cerca de 560.000 asociados.⁵⁸ Estas cifras demuestran el gran impacto –al menos desde el punto de vista cuantitativo– que tiene ese tipo de cooperativas. Ahora bien, desde el punto de vista cualitativo algunas CTA han recibido críticas muy fuertes porque, para algunos, representan una forma jurídica a través de la cual se oculta una verdadera relación laboral. En estos casos, prosigue el argumento, la función legalmente establecida para las cooperativas se desnaturaliza, pues las CTA se convierten en entes que en la práctica actúan como simples intermediarias laborales. El propósito de este capítulo es presentar la manera como la jurisprudencia constitucional colombiana ha analizado esta situación y formula una serie de soluciones que tienen como común denominador la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

57 Cfr. <http://mps.minproteccionsocial.gov.co/obtrabajo/trabajo%20asociado%20en%20colombia.html> Recuperado el 22 de mayo de 2011.

58 Cifra tomada de la Confederación de Cooperativas de Colombia (CONFECOOP). <http://www.confecoop.coop/images/estadistica/09/SUBSECTORES%20COOPERATIVOS%202009.xls> Recuperado el 22 de mayo de 2011.

Las cooperativas -en general- están reguladas en la ley 79 de 1988⁵⁹. El artículo 4 de esa ley define a una cooperativa como una “empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”. Por su parte, los artículos 57 a 60 de esa misma ley establecen las reglas que rigen a las CTA. Aunque estas normas no contienen una definición específica para esa especie de cooperativas, siguiendo el concepto general podría decirse que una CTA es una empresa creada por un acuerdo cooperativo suscrito entre personas naturales quienes además de ostentar la calidad de gestores o asociados son trabajadores de la misma. En efecto, el artículo 59 de la ley 79 de 1988⁶⁰ establece que los aportantes serán a la vez asociados y trabajadores de la cooperativa y por esa razón –al no existir una relación de subordinación sino de cooperación- el régimen de trabajo y de seguridad social será regulado de conformidad con el acuerdo cooperativo libremente pactado y no el régimen laboral ordinario.

Un ejemplo puede ilustrar el asunto: un grupo de ingenieros quiere unirse para prestar sus servicios a diferentes empresas. De esta manera es posible generar una economía de escala y reducir costos operativos propios de una actividad como esa. Aunque el sistema jurídico ofrece múltiples opciones para lograr ese objetivo (la constitución de una sociedad comercial por

59 Esta ley en lo referente a las CTA se desarrolla por el decreto 4588 de 2006, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

60 Artículo 59 de la ley 79 de 1988: “En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho. Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 32 de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente. En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados.”

ejemplo) los interesados deciden crear una CTA X a través de un acuerdo cooperativo. A partir de ese momento los ingenieros asumen simultáneamente la condición de cooperados o asociados y la de trabajadores. Lo particular de este tipo de asociación es que los cooperados pueden regular lo atinente a la seguridad social y al régimen del trabajo aplicable a través del acuerdo cooperativo. Los ingenieros de nuestro ejemplo pueden, en consecuencia, pactar que las cotizaciones en materia de salud y de pensiones sean asumidas en su totalidad por ellos. Así mismo, si alguno de los ingenieros presta sus servicios a una empresa, ésta no deberá preocuparse por asuntos laborales porque en este caso no actúa como empleadora sino como una de las partes en el contrato de derecho privado que celebra con la CTA X. De conformidad con lo dicho, si existe algún tipo de incumplimiento en la remuneración de los servicios del ingeniero, éste deberá dirigirse en contra de la CTA X y no en contra la empresa contratante con quien no tiene una relación laboral.

Podría pensarse, sin embargo, que las CTA implican una restricción muy fuerte de los derechos laborales en la medida en que “los trabajadores y gestores de las empresas cooperativas de trabajo asociado se rigen por el régimen de trabajo, previsión, seguridad social y compensación, establecido en los estatutos y reglamentos de la cooperativa, en razón del acuerdo cooperativo y no por el estatuto del trabajo expedido por el Congreso que es ley de la República.”⁶¹ No obstante, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de esa forma asociativa a través de la sentencia C-211 de 2000, pues las CTA tienen claros soportes constitucionales en la libertad asociación y en la libertad de empresa que, interpretadas de manera sistemática, dan vía libre a la creación de cooperativas en los términos establecidos por los asociados.

De esta manera, la Corte declara la constitucionalidad de la figura jurídica *per se*, es decir, como resultado de la comparación, en abstracto, de las disposiciones demandadas con el texto de la Constitución. Sin embargo, también prevé la posibilidad de que los derechos de los trabajadores de una CTA puedan resultar vulnerados. Cuando esto ocurra, señala la Corte, corresponde a las autoridades competentes conocer de la violación de las garantías laborales e intervenir con el propósito de brindar la protección que cada caso

61 CConst. C-211/00. C. Gaviria. En dicha oportunidad se demandaron los artículos 59, 135 y 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del artículo 36 de la ley 454 de 1998.

demande.⁶² De esta manera, el Tribunal matiza su juicio abstracto de constitucionalidad sobre las CTA, pues, como ya se mencionó, en la práctica la creación este tipo de cooperativas puede servir para ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, todo con el fin de reducir costos laborales (por ejemplo lo referido a la seguridad social) y, por otra parte, evitar que las empresas beneficiarias de los servicios de las CTA sean demandadas por los “asociados” que han prestado sus servicios. Esta posibilidad, ya advertida desde el año 2000, llevó a que años después se expidiera el artículo 17 del decreto 4588 de 2006⁶³ mediante el cual se prohíbe que las CTA actúen como intermediarias o como empresas de servicios temporales so pena de ser declaradas solidariamente responsables junto con sus directivos y con las empresas beneficiarias, del pago de las obligaciones laborales que llegasen a surgir.

La existencia de una interpretación garantista encaminada a proteger los derechos de los trabajadores y la expedición de normas que sancionan una práctica que desnaturaliza la razón de ser de las CTA no ha evitado que en la vida diaria se presenten casos en los que la creación de una cooperativa de trabajo asociado se convierte en una manera de desconocer la existencia de verdaderas relaciones de trabajo. En estos eventos, la Corte ha tenido que pronunciarse nuevamente para fijar algunos criterios que permitan identificar los casos específicos en los que resulta procedente la aplicación del acuerdo cooperativo o, por el contrario, resulta procedente aplicar la legislación laboral establecida en la Constitución y las leyes.

Teniendo en cuenta la situación descrita con anterioridad, el problema jurídico a resolver es el siguiente: ¿puede una CTA aplicar en cualquier caso el acuerdo cooperativo de forma preferente al régimen laboral colombiano sin violar el artículo 53 de la Constitución que privilegia la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos contratantes?

62 Ibid.

63 Artículo 17 del decreto 4588 de 2006: “Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”

Como bien lo puede advertir el lector, detrás del problema jurídico recién formulado lo que está en juego es la identificación de los límites del acuerdo de voluntades que da origen a una CTA. En síntesis, la alusión a la autonomía a la voluntad, como principio generador de acuerdos jurídicamente relevantes, no constituye razón suficiente si por esta vía se desconocen los derechos fundamentales de los asociados/trabajadores. En casos como estos, la forma escogida por las partes para regular sus relaciones (es decir, la constitución de una CTA) debe ceder ante la realidad que evidencia la existencia de relaciones de trabajo que la ley y la Constitución protegen.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Puede una CTA aplicar en cualquier caso el acuerdo cooperativo de forma preferente al régimen laboral colombiano sin violar el artículo 53 de la Constitución que privilegia la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos contratantes?

TESIS A

Una CTA no puede aplicar en cualquier caso el acuerdo cooperativo de forma preferente al régimen laboral porque, en virtud del artículo 53 de la CP, debe primar la realidad frente a las formalidades.

					C Const, C 211/2000 C. Gaviria
C Const, T 1177/2003 J. Araújo					
C Const, T 900/2004 J. Córdoba					
C Const, T 291/2005 M. Cepeda					
C Const, T 445/2006 Reiteración					
C Const, T 195/2007 C. Vargas					
C Const, T 353/2008 Reiteración					
C Const, T 305/2009 Reiteración					
C Const, T 449/2010 Reiteración					

TESIS B

Una CTA puede en cualquier caso aplicar el acuerdo cooperativo de forma preferente al régimen laboral porque el asociado ha firmado un acuerdo voluntariamente en ese sentido.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La doctrina establecida por la Corte Constitucional en esta materia ha sido uniforme en el sentido de aceptar que no siempre se debe aplicar el acuerdo cooperativo en desmedro del régimen laboral ordinario, es decir, de los principios y derechos fundamentales de los trabajadores establecidos, entre otras normas, en el artículo 53 Superior. Sin embargo, es interesante notar que la construcción jurisprudencial de la Corte ha ido evolucionando en cada sentencia para pasar de la tesis básica que se esgrimió al comienzo de la línea en el año 2000 (exclusión absoluta del régimen laboral) a una tesis contrastante mucho más elaborada, que tiene en cuenta algunos factores para determinar la existencia de una relación laboral y en consecuencia ordenar la aplicación del régimen laboral, con las garantías anejas a éste.

3.1 Primera etapa: el análisis abstracto: la constitucionalidad simple de las Cooperativas de Trabajo

La línea jurisprudencial se inaugura en el año 2000 con la ya mencionada Sentencia C-211 en la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 59 de la ley 79 de 1988. Esa disposición establece que las relaciones que surjan entre los gestores-asociados frente a la cooperativa se regularán por los estatutos y reglamentos que se originan en el acuerdo cooperativo. Por lo anterior, ese artículo excluye de forma explícita la aplicación del régimen laboral propio de los trabajadores dependientes. Bajo ese entendido el actor que instauró la demanda de inconstitucionalidad argumentó que esa norma violaba la Constitución, especialmente los artículos 13, 25, 48 y 53, en la medida en que los trabajadores de las CTA resultaban desprotegidos al ser sustraídos de la aplicación del régimen laboral común a todos los trabajadores colombianos. En esa oportunidad, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad simple de la norma demandada por medio de un argumento a través del cual se trató de diferenciar las relaciones de trabajo tradicionales (con dependencia) frente a las que surgen de los acuerdos cooperativos. En efecto, la Corte señaló que en el caso del trabajo cooperativo no puede hablarse verdaderamente de una dependencia entre un empleador (capital) y un trabajador (asalariado), teniendo en cuenta que el capital de las CTA proviene precisamente de sus trabajadores, quienes a su vez ostentan la calidad de asociados.

En otros términos, como se trata de un acuerdo voluntario a través del cual unas personas aportan cierto capital a la cooperativa, los asociados se convierten simultáneamente en dueños y trabajadores. Por esa razón, “no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente.”⁶⁴

Para la Corte ese hecho es esencial para efectos de concluir que se trata de una situación distinta al trabajo tradicional (dependencia y no identidad entre empleador y empleado). En consecuencia, esa Corporación afirma que no es posible dar un mismo tratamiento. En palabras de la Corte:

“Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa.”⁶⁵

Nótese que con esta tesis se privilegia el acuerdo cooperativo y las disposiciones que libremente acordaron los asociados, frente a posibles situaciones de hecho en las cuales se podría configurar una relación de dependencia tradicional. Es más, la Corte parece reconocer que se trata de una situación más riesgosa para los trabajadores asociados –frente a los tradicionales- y, por ese motivo, expresa que “si la asociación en esta clase de cooperativas es absolutamente libre y voluntaria resulta claro que quienes a ella deseen vincularse deben conocer las normas que las rigen y los derechos que les asisten, como también las ventajas, riesgos y posibilidades que representa esta clase de trabajo frente al trabajo dependiente. La ley no les impone a los trabajadores ese rumbo; simplemente crea un sistema diferente de trabajo que en nada vulnera el ordenamiento superior.”⁶⁶

En síntesis, esta primera etapa se caracteriza por la predilección de la Corte por el acuerdo cooperativo en desmedro de la realidad. En ese

64 CConst. C-211/00. C. Gaviria.

65 Ibid.

66 Ibid.

sentido, bajo una tesis defensora a ultranza de la autonomía de la voluntad privada, en la sentencia se omite el análisis de posibles eventos en los cuales la CTA es una fachada para evitar la concreción de una relación laboral tradicional⁶⁷ y, por esa vía, se descarta la aplicación de algunas garantías laborales. Esta tesis extrema muy prontamente empezó a morigerarse

3.2 Segunda etapa: la llegada de las tutelas y su impacto en el precedente de constitucionalidad

A comienzos de la primera década del siglo XXI se presentó una de las principales reformas al régimen laboral vigente a través de la expedición de la Ley 789 de 2002 que sería declarada exequible mediante la sentencia C-658 de 2003.⁶⁸ Una de las características de dicha reforma guarda relación con el interés de flexibilizar el régimen laboral mediante la reducción de algunos beneficios establecidos con anterioridad.⁶⁹ Este es un elemento contextual importante porque en la misma época en la que se denunciaba el retroceso de la regulación en materia de garantías laborales mínimas (v.g., el trabajo bien remunerado) se dieron los primeros pronunciamientos de la jurisdicción constitucional con relación a las CTA. Lo llamativo ahora es que la Corte se pronuncia respecto de un tema sobre el que guardó silencio en el año 2000: casos en los que la cooperativa es una mera fachada –o formalismo– detrás de la cual se esconden verdaderos contratos de trabajo. Frente a este estado de cosas, la Corte Constitucional llama la atención respecto de la pauperización de las condiciones laborales que la desnaturalización de las cooperativas prohija y, en consecuencia, decide pronunciarse sobre esta materia.

Para el análisis de la jurisprudencia constitucional, esta parte de dividirá en dos acápites atendiendo al carácter de los elementos de análisis que exige la Corte para determinar si existe una relación laboral o una relación cooperativa. En algunas sentencias, la existencia de un contrato de trabajo se deduce a partir de la *presencia* de algunos elementos de hecho. En otras

67 Dice la Corte: "...muchas cooperativas de trabajo asociado cometen abusos puesto que contratan trabajadores asalariados y no les pagan prestaciones sociales, es un asunto que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad, en el que simplemente se confrontan las normas acusadas frente al ordenamiento supremo para determinar si estas se ajustan o no a sus preceptos."

68 CConst. C-650/03 A. Beltrán. En aquella oportunidad se demandó la Ley 789 de 2002 "por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo".

69 V.gr. Ley 789 de 2002, artículos 25 (sobre trabajo nocturno) y 26 (sobre trabajo dominical).

providencias, en cambio, se toma como punto de referencia la *ausencia* de ciertos elementos esenciales del acuerdo cooperativo que, en realidad, revela la existencia de una relación laboral. Así las cosas, en primer lugar se analizarán algunos elementos que en este escrito se denominarán *positivos*. Si estos elementos se presentan en un caso particular, se configura una relación laboral tradicional y se deberán aplicar las normas laborales ordinarias. Posteriormente se examinarán las sentencias que hacen referencia a los elementos *negativos*, es decir, aquellos sin los cuales el convenio cooperativo se desnaturaliza y se transforma en un contrato de trabajo.

3.2.1 Los criterios positivos para determinar la existencia de un contrato de trabajo

El primer pronunciamiento de este periodo es la sentencia T-1177 de 2003. En esa oportunidad la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer embarazada que prestaba sus servicios a una empresa a través de una CTA de la cual la accionante era asociada. Ocurrió que la empresa beneficiaria le hizo saber a la CTA que no requería más de los servicios de la tutelante, precisamente en la época en la cual la mujer se encontraba en estado de embarazo, y, por esa razón, fue removida del cargo que desempeñaba y, posteriormente, de la CTA en la que participaba. Por lo anterior, la afectada interpuso una acción de tutela contra la empresa beneficiaria del servicio, bajo el argumento de que la protegía el fuero de estabilidad reforzada propia de las mujeres embarazadas. A lo anterior la CTA respondió advirtiéndole que en este caso no era aplicable la garantía de estabilidad reforzada del embarazo por tratarse de un acuerdo cooperativo. A su turno, la empresa demandada dijo que no tenía ningún vínculo jurídico con la tutelante sino con la CTA y, en consecuencia, desde el punto de vista procesal, no podía ser sujeto pasivo de la Acción de Tutela. En esa medida, la Corte debía determinar si la garantía laboral de estabilidad reforzada para las personas embarazadas aplicaba en este caso o no.

Para solucionar el problema jurídico que este caso planteaba, la Corte tuvo que enfrentarse primero al precedente establecido en la Sentencia C-211 de 2000 y, en consecuencia, se encargó de distinguir entre el campo de aplicación de dicho pronunciamiento y la situación que ahora se le presentaba al revisar un proceso de tutela. Para el efecto señaló que en el 2000 el pronunciamiento hacía referencia única y exclusivamente a los casos en los cuales no existía una relación empleador-trabajador. En el evento que ahora

le correspondía analizar, en cambio, a pesar de que existía un acuerdo cooperativo de por medio, se configuraba una relación laboral (entre la CTA y la trabajadora) en la medida en que la realidad indicaba que: (i.) la afectada prestó personalmente sus servicios; (ii.) se presentó una subordinación jurídica frente a la CTA; y (iii.) existía una remuneración a favor de la tutelante.

Así, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la Corte Constitucional crea la siguiente regla: existirá una relación laboral entre la cooperativa y el cooperado en aquellos eventos en los cuales éste “no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa.”⁷⁰ De conformidad con esa regla, se concluyó que a la accionante le asistía la garantía de estabilidad laboral reforzada y que la CTA debía (como ya lo había hecho) reintegrar a la afectada.

De lo anterior se deduce que el criterio principal que tiene la Corte Constitucional para efectos de determinar si existe un contrato de trabajo es el del derecho laboral (Artículo 23 CST) en conjunción con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (Artículo 53 C.P.). En ese orden, para efectos de determinar si el régimen aplicable es el laboral ordinario o el acuerdo cooperativo, es necesario analizar si se en la realidad se presentan los tres elementos clásicos que configuran un contrato de trabajo:⁷¹ remuneración, prestación personal del servicio a favor de un tercero y subordinación laboral.⁷²

70 CConst. T-1177/03 J. Araújo.—énfasis no original. Esta providencia reitera, en lo esencial, lo establecido en la sentencia T-286 de 2003 que examinó un caso con un patrón fáctico bastante similar. Así mismo, en la sentencia T-1177 de 2003 se incorpora la regla de las empresas de servicios temporales, a través de una interpretación maximalista de la *ratio decidendi* de la sentencia T-1101 de 2001, en la cual se analizó el caso de una mujer embarazada que fue despedida de una empresa de servicios temporales. En esa oportunidad se ordenó al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la implementación de una política pública para garantizar los derechos de los trabajadores temporales y establecer correctivos para evitar que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en irregularidades. Esa orden sería reiterada en la sentencia T-1177 de 2003.

71 Tesis reiterada en la sentencia T-353 de 2008.

72 Cfr. Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: “Elementos esenciales. 1o) Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c) Un salario como

Tres años más tarde la Corte Constitucional profirió la sentencia T-445 de 2006.⁷³ Los hechos de ese caso pueden resumirse así: la tutelante firmó un convenio cooperativo con una CTA y años después fue detenida preventivamente por la Fiscalía por la presunta comisión de un delito. Como consecuencia de lo anterior, dejó de asistir por algo más de una semana a la cooperativa y ésta le informó que de conformidad con el acuerdo cooperativo, había abandonado su cargo y por esa razón procedía a desvincularla. Para resolver si la acción de tutela contra la CTA (un particular) procedía en ese caso, la Corte analizó el convenio cooperativo para establecer si existía una relación de subordinación (más que de cooperación) que permitiera concluir la procedencia de la acción de tutela según lo establecido en el inciso final del artículo 86 de la Constitución.⁷⁴ Además de reiterar la línea jurisprudencial señalada anteriormente, en la parte motiva de esta providencia se expusieron algunos indicios adicionales que permiten inferir la existencia de un contrato de trabajo en el contexto formal de una CTA: (i.) en primer lugar, si el pago se produce una vez el 'cooperado' ha cumplido con las labores en las condiciones que impuso la cooperativa o un tercero; (ii.) en segundo lugar, si el poder disciplinario lo ejerce la CTA según las reglas previstas en el régimen cooperativo; y, finalmente, (iii.) si la cooperativa designa de forma exclusiva el tercero a quien el asociado prestará sus servicios. La conclusión a la que se llegó en esta oportunidad era que efectivamente se presentaba una relación de subordinación y, por esa razón, procedía la acción de tutela desde el punto de vista procesal. No obstante, desde la óptica material la Corte Constitucional no le dio la razón a la tutelante porque la terminación del acuerdo cooperativo se encontraba dentro de las causales previstas en este para su finalización.

3.2.2 Los criterios negativos para determinar la inexistencia de un acuerdo cooperativo

En la sentencia T-900 de 2004⁷⁵ la Corte por primera vez abordaría el problema explorando los elementos esenciales del convenio coope-

retribución del servicio. 20) Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

73 Sentencia reiterada recientemente en la providencia T-449 de 2010.

74 Artículo 86 inciso 3: “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (subrayas fuera del original). En el mismo sentido véase el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

75 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Providencia reiterada en las Sentencias T-291 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-305 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

rativo. Se trataba de un asunto en el que una mujer en estado de embarazo había firmado un convenio cooperativo y posteriormente fue despedida por la CTA. Aunque en este caso se reitera la importancia de analizar si en la realidad se configuraban los tres elementos que comprende una relación laboral, la Corte identifica algunos elementos esenciales del convenio cooperativo que en este caso no se presentaban y que, en consecuencia, permitían deducir la inexistencia de dicho acuerdo. En primer lugar, el convenio no establecía una cláusula referente al derecho de los cooperados a participar de la distribución de los excedentes que obtenga la CTA. Así mismo, el acuerdo cooperativo no consagraba la distribución de los riesgos que deben asumir los asociados a la Cooperativa. Por lo tanto, (i.) la configuración de los elementos que estructuran el contrato de trabajo (elementos positivos); y (ii.) la inexistencia de elementos esenciales de los convenios cooperativos (elementos negativos), permitían inferir que en el caso objeto de estudio se presentaba una relación laboral. En consecuencia, para la Corte resultó claro que en esta oportunidad se vulneró la garantía de estabilidad reforzada de las mujeres embarazadas y, por lo tanto, se ordenó el reintegro de la afectada.

Posteriormente, se añadirían otros dos elementos sin los cuales era imposible hablar de una relación cooperativa. En el 2007⁷⁶ la Corte Constitucional nuevamente se pronunció sobre un caso de una mujer en estado de embarazo que fue despedida por la CTA. Para establecer si la garantía laboral de la estabilidad reforzada de la mujer embarazada aplicaba en este caso, la Corte debía identificar la naturaleza del contrato (laboral o cooperativo). En ese sentido, ese Tribunal consideró que no podía hablarse de un convenio cooperativo porque no se consagraba ningún tipo de cláusulas que confiriera derechos al cooperado. Adicionalmente, y siguiendo la jurisprudencia en la materia, tampoco se decía nada con respecto al reparto de los excedentes de la cooperativa (T-900 de 2004), ni se regulaba lo relativo a los derechos a participar en la toma de decisiones, a acceder a cargos sociales de la cooperativa, ni a fiscalizar la gestión de ésta. Así mismo, del material probatorio se logró demostrar que la CTA figuraba como empleadora ante las empresas de seguridad social y además era quien realizaba los pagos de las prestaciones sociales a la accionante. Por todo lo dicho, la Corte ordenó el reintegro de la tutelante.⁷⁷

⁷⁶ Cfr. Sentencia T-195 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁷ Tesis reiterada en la sentencia T-491 de 2007. En esta providencia la Corte Constitucional hace un análisis sobre el carácter vinculante de precedente constitucional en tutela y decide aplicar las reglas establecidas en la sentencia T-195 de 2007.

4. CONCLUSIONES

A pesar de que la Corte Constitucional tuvo un comienzo en el cual se privilegió la forma (es decir, el acuerdo cooperativo establecido por las partes), a partir del año 2003 enderezó su rumbo para adoptar desde una visión realista una solución garantista que se centraba en la protección de los derechos principios fundamentales a favor de los trabajadores. En efecto, el realismo de la Corte no sólo se predica de su mayor atención de los hechos de los casos que se presentaban, sino que también –desde una perspectiva más genérica- tiene en cuenta que en la realidad colombiana cerca de un millón y medio de personas obtienen sus ingresos a través de una CTA.⁷⁸ A la luz de estas cifras, las reglas establecidas por la Corte cobran gran valía y eso lo pone de manifiesto la sentencia T-491 de 2007 en la cual esa Corporación recuerda enfáticamente que el precedente debe ser respetado no sólo por jueces, sino también por particulares y funcionarios de rama ejecutiva.

Así mismo, es interesante ver cómo la diferencia de los hechos de una sentencia de constitucionalidad frente a los antecedentes de una de tutela puede llevar a soluciones diversas. Muy seguramente para la Corte del 2000 (no hay salvamentos de voto en la Sentencia C-211) la adecuación en abstracto de la ley (y su interpretación) frente a la Constitución no presentaba mayores problemas. A pesar de esto, los casos de tutela que se refieren las más de las veces a la aplicación de la norma jurídica sí revelan la incompatibilidad de los hechos frente a la Constitución. Por esa razón, la interacción entre las sentencias de tutela y de constitucionalidad en este caso, termina por privilegiar la interpretación en sede de tutela. Dicho en términos más sencillos: las sentencias de tutela terminaron por desplazar la interpretación de la sentencia de constitucionalidad y resultaron ser dominantes en la línea.⁷⁹ El control

78 Cifra tomada de la Cooperativa COODESCO. Cfr. <http://www.coodesco.com.co/Coodesco/tabid/121/Default.aspx> Recuperado el 22 de mayo de 2011.

79 De hecho, el peso de las sentencias de tutela ha sido tan fuerte que en una sentencia de constitucionalidad posterior (C-614 de 2009) la Corte Constitucional, expresó su preocupación sobre la desnaturalización de las CTA al camuflar relaciones laborales bajo la fachada de un acuerdo cooperativo. La fuerza gravitacional de la tesis de las sentencias de tutela, terminó atrayendo los pronunciamientos de constitucionalidad que, como se vio, desde el año 2000 permanecieron ajenos a la tesis de tutela.

concreto de constitucionalidad se encargó de llenar los vacíos que la sentencia de constitucionalidad dejó abiertos.

Finalmente, el método de la Corte para verificar la existencia de una relación de cooperación o de subordinación es particularmente efectivo desde el punto de vista argumentativo: el análisis no se limita únicamente a la óptica del contrato de trabajo, en el sentido de verificar la presencia de los elementos que lo estructuran, sino que además debilita la posición contraria mediante el análisis sobre la inexistencia de los elementos de la esencia que definen a un acuerdo cooperativo y sin los cuales desaparece o se transforma en un contrato de trabajo.

TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL DISCAPACITADO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Arcesio de Jesús Alzate Gil, Roberto Vicente Lafaurie Pacheco, José Domingo Ramírez Gómez, Javier Alberto Romero Jiménez, Julio Cesar Salazar Muñoz, Mary Elena Solarte en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1. ● INTRODUCCIÓN

Según lo establece la Constitución Política en su artículo 2º, es un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella. Para llevar a cabo este objetivo, debe considerarse la existencia de grupos poblacionales que deben gozar de protecciones especiales en razón de su situación material. Esta es la mejor forma de asegurarles el ejercicio de sus derechos y la participación en la vida social en igualdad con los demás individuos. Así, se logra contrarrestar la discriminación latente e imponer al Estado y a la sociedad el deber de adelantar acciones que promuevan la igualdad material real para estas personas.

1.1 De débiles y limitados, minusválidos y discapacitados: al final, todos discriminados

La situación de discriminación y marginación histórica que ha sufrido la población colombiana con deficiencias de carácter físico, mental o sensorial llevó al Constituyente de 1991 a consagrar algunas normas constitucionales para su protección.⁸⁰ Con ellas, la Constitución buscó, entre otras cosas, rodear

80 Artículo 46: El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a quienes prestará la atención especializada que requieran.

de garantías el ámbito laboral de las personas discapacitadas y, así, asegurar la productividad económica de éstas y su desarrollo personal. No obstante, para la consecución de estos objetivos, el ejercicio del derecho al trabajo debe estar sometido a la aplicación directa, en las relaciones laborales, de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la misma Constitución.⁸¹ Cuando la parte trabajadora de dicha relación es una persona con discapacidades o limitaciones de salud, uno de esos principios adquiere principal prevalencia: el principio a la estabilidad en el empleo, que significa, en términos generales, gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral existente.

Con el propósito de desarrollar este principio constitucional, la doctrina jurisprudencial ha identificado y definido dicha seguridad como una “estabilidad laboral reforzada”, también predicable de otros grupos poblacionales con características especiales, como los son las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores con fuero sindical. Por otro lado, y fundamentado en los mandatos constitucionales, el legislador se propuso establecer mecanismos obligatorios que garantizan la incorporación social y el desarrollo personal de las personas con limitaciones, no sólo en el ámbito laboral, sino también en el educativo, el del transporte y el de las telecomunicaciones, entre otros. El resultado de este propósito fue la

Artículo 54: Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

- 81 Dice el 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; 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.

expedición de la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación”.

Estas tres, la Constitución, la jurisprudencia y la mencionada ley, son las bases del hoy reconocido derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los incapacitados. En virtud de ello, la Corte Constitucional ha sostenido que dicho derecho fundamental comprende: (i.) el derecho a conservar el empleo; (ii.) el derecho a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad; (iii.) el derecho a permanecer en el trabajo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral; (iv.) el derecho a desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud; y, (v.) el derecho a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de una causa justificada, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz.⁸²

En este punto cabe preguntarse qué sujetos deben estar protegidos por este derecho. Algunos pensarán que la estabilidad laboral reforzada sólo se aplica a aquellos que sufren algún grado de invalidez, o a quienes tienen una discapacidad física visible. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han asumido, frente a esto, posiciones diversas. Antes de pasar a ello, resulta necesario esclarecer el concepto de discapacidad que, por sí mismo, en su definición, no ha sido un tema pacífico.⁸³ La Organización Mundial de la Salud ha establecido la siguiente clasificación:

Deficiencia: una pérdida o anormalidad permanente o transitoria –psicológica, fisiológica o anatómica– de estructura o función.

Discapacidad: cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano.

Minusvalidez: una incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, el sexo, los factores sociales o culturales.⁸⁴

⁸² CConst, T-263/09, L. Vargas.

⁸³ Véase CConst, T-198/06, M. Monroy. En esta sentencia se hace un recuento histórico del desarrollo del término.

⁸⁴ *Ibíd.*

La Corte Constitucional por su parte, ha expresado que “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie y, en consecuencia, no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”⁸⁵ Así mismo, el Tribunal ha recalcado que la “discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano (sic) en su contexto social.”⁸⁶ De lo anterior se concluye que la discapacidad no puede asimilarse necesariamente a la pérdida de capacidad laboral.

Por otro lado, dentro de la legislación nacional, el artículo 38 de la ley 100 de 1993 define la invalidez de la siguiente manera: “[p]ara los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”⁸⁷

1.2 Planteamiento del problema jurídico

Partiendo de las anteriores consideraciones, es momento entonces de entrar a desarrollar el problema jurídico de la presente línea jurisprudencial y que se concreta en la siguiente pregunta: ¿quiénes son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada por razón de su limitación física, sensorial o mental?

El patrón fáctico de las sentencias que conforman la línea corresponde, en su mayoría, a casos en los que personas con algún grado de limitación física, sensorial o mental han sido separadas de sus puestos de trabajos haciendo el empleador caso omiso del requisito exigido por ley, según el cual,

85 Ibid.

86 Ibid.

87 También se refiere a la materia el artículo I de la Ley 762 de 2002, por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”: “El término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

el despido o terminación del contrato, en estos casos, debe ser autorizado por la oficina de Trabajo.⁸⁸

La Ley 361 de 1997 dispone al respecto:

“Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.


“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han tenido que afrontar el problema jurídico y en desarrollo de sus funciones han establecido dos posiciones diferentes. Una de ellas, la más amplia, sostiene que son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada aquellas personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores, sin necesidad de que exista una calificación previa; la otra, más restringida, defiende que sólo aquellas personas con pérdida de la capacidad laboral en grado severo o profundo, debidamente calificado, son acreedoras de dicha protección.

88 Las primeras sentencias de la línea son anteriores a la promulgación de la Ley 361 de 1997, en la cual se dispone dicho requisito. En estas, el patrón fáctico corresponde a casos de personas con limitaciones, que fueron despedidas o les fue terminado el contrato, por lo cual alegan, en sede de tutela, la violación del derecho al trabajo y de los derechos fundamentales constitucionales de que son titulares por pertenecer a un grupo en situación de discriminación, marginamiento o debilidad manifiesta (art. 13 C.P.), que requiere de protección especial del Estado (art. 47 C.P.), en especial en el ámbito laboral (art. 54 C.P.).

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Quiénes son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada por razón de su limitación física, sensorial o mental?

TESIS A 
Existe un espectro amplio de protección.

	C Const, T 427/1992 E. Cifuentes			
	C Const, T 441/1993 J. Hernández			
	C Const, SU 256/1996 V. Naranjo			
	C Const, C 531/2000 A. Tafúr			
	C Const, T 1040/2001 R. Escobar			
	C Const, T 519/2003 M. Monroy			
			CSJust Lab, 07-02-2006 G. Gnecco	
	C Const, T 198/2006 M. Monroy			
	C Const, T 1083/2007 H. Sierra			
	C Const, T 307/2008 H. Sierra			
	C Const, T 369/2008 H. Sierra			
			CSJust Lab, 15-07-2008 E. Cuello	
	C Const, T 812/2008 J. Córdoba			
	C Const, T 992/2008 M. González			
			CSJust Lab, 25-03-2009 I. Vargas	
	C Const, T 263/2009 L. Vargas			
			CSJust Lab, 16-03-2010 G. Gnecco	
	C Const, T 230/2010 M. Calle			
			CSJust Lab, 03-11-2010 C. Tarquino	
	C Const, T 025/2011 L. Vargas			
	C Const, T 132/2011 L. Vargas			

TESIS B 
Existe un espectro restringido de protección.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Espectro amplio de protección en la Corte Constitucional

La doctrina sobre la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados encuentra sus bases en la primera sentencia presente en la línea. En sentencia T-427 de 1992,⁸⁹ la Corte Constitucional tiene que resolver un caso en que a un servidor público de libre nombramiento y remoción, fue declarado insubsistente, razón por la cual interpuso acción de tutela aduciendo estar en condiciones de minusvalía relativa, por lo que solicita la protección de sus derechos fundamentales y su reintegro al cargo que venía desempeñando.

En esta primera sentencia, al referirse a la potestad de remover libremente a los empleados de la administración, la Corte subraya varios puntos. En primer lugar, reconoce que la declaratoria de insubsistencia es el producto de la facultad discrecional de la administración de remover a los empleados que no tengan vinculación con la carrera administrativa y, en consecuencia, puede ser ejercida en cualquier momento, sin necesidad de motivación alguna. No obstante, agrega, tal determinación, cuando afecta a una persona con limitaciones, debe basarse en el principio de buena fe, conforme al cual “la autoridad debe persuadirse de la conveniencia y oportunidad de su decisión con el propósito de evitar el abuso o desviación de poder.”⁹⁰ Por esa razón, aunque la decisión administrativa goce de la presunción de legalidad, el juez debe hacer un examen detallado de los hechos que la generaron, a fin de comprobar las verdaderas motivaciones del acto, y con ello evitar así un tratamiento discriminatorio.

En el caso concreto de los minusválidos, considera la Corte que, por la especial protección a que estos son acreedores, se invierte la carga de la prueba, siendo la administración a quien corresponde demostrar por qué la condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. En relación con la situación especial de estas personas, la Sala hace un análisis de normas de derecho

⁸⁹ CConst, T-427/92, E. Cifuentes.

⁹⁰ Ibid.

nacional e internacional que expresamente protegen a aquellos que presentan problemas de deficiencia física, mental o sensorial, incluyendo algunas referidas concretamente a la situación laboral de dichos individuos. Con base en ello concluye que

“[L]a legislación en favor de los minusválidos no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros. No obstante, el trato más favorable a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13-3) debe garantizar una protección efectiva y real para este sector de la población.”⁹¹

En esta protección se basará la doctrina posterior de la Corte sobre la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados.

A pesar de las consideraciones aquí expuestas, la Corte decidió no conceder la tutela, por cuanto concluyó que el accionante, según conceptos médicos, no ostentaba la condición de “minusválido relativo” que invocó para cuestionar la decisión de removerlo de su cargo. Por esa razón, dice, “no opera en este caso la inversión de la carga de la prueba que, de ser minusválido, le habría dispensado acreditar el supuesto de discriminación o lesión al derecho fundamental presuntamente violado.”⁹²

De esta primera sentencia puede deducirse lo siguiente: la Corte, en sus consideraciones, se refiere en todo momento y de forma general a los minusválidos o personas con limitaciones o deficiencias físicas o mentales, sin restringir la titularidad de la protección de los derechos a un grupo específico dentro de estos. Por otro lado, establece dos primeras sub-reglas: la primera de ellas determina que, de frente a la protección de los derechos de los discapacitados, en materia laboral, se invierte la carga de la prueba, siendo el empleador el llamado a demostrar que el despido o la terminación del contrato no se debe a las limitaciones físicas, mentales o sensoriales del empleado. La segunda establece que la legislación en favor de los minusválidos no consagra derechos absolutos o a perpetuidad, sino su protección efectiva. Esta es la base de lo que

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

después la misma Corte denominaría la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados – la cual aún no se menciona como tal en este fallo –.

En la segunda sentencia de esta línea,⁹³ que tuvo que resolver el caso de un empleado de la Contraloría General de la República declarado insubsistente, la Corte dio por probado, según exámenes de medicina legal, que el accionante presentaba una minusvalía ocasionada por una poliomielitis sufrida a los dos años de edad. En esta ocasión, la Corte concedió la tutela en consideración a que el empleador no debió despojar al empleado, sin motivo, del empleo que desempeñaba, sino que ha debido garantizarle el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud. Como fundamento de ello, la Sala reitera lo dicho en la decisión anterior, pero cabe recalcar que, en este preciso caso, la protección del derecho se concedió por razón de una incapacidad surgida con anterioridad al inicio del vínculo laboral. Aquí se empieza a dibujar una nueva sub-regla que posteriormente se consolidará, según la cual, aquellas personas que poseen una limitación anterior a la relación de trabajo pueden exigir del empleador la protección de su derecho a la estabilidad laboral. A partir de este momento la Corte no sólo consolidará su posición, sino que, con base en los supuestos fácticos de cada caso, irá ampliando cada vez más la cobertura, en términos de titularidad del derecho.

Así mismo, SU-596 de 1996⁹⁴ la Corte conoció de una tutela interpuesta por un portador asintomático de VIH que fue despedido sin justa causa al conocerse su estado de salud. En este caso, la Corte acepta que aun cuando el accionante no está “enfermo”, por cuanto el portador sano o asintomático del virus VIH no presenta síntomas ni signos de enfermedad, ni existe en este caso un riesgo de contagio, no puede concluirse que este quede sometido a las normas laborales generales, pudiendo entonces el empleador deshacer el vínculo de subordinación aduciendo causa injusta. La Corte concedió la tutela al determinar que no se trataba de un despido sin justa causa, sino de una consecuencia de la discriminación de la empresa por el hecho de que el empleado era portador del virus, lo que vulneró, entre otros, su derecho a la estabilidad laboral.

La siguiente sentencia en la línea corresponde a una sentencia de constitucionalidad que aportaría de forma significativa a la construcción

93 CConst, T-441/93, J. Hernández.

94 CConst, SU-256/96, V. Naranjo.

de la doctrina sobre la estabilidad laboral reforzada de los incapacitados. El fallo versa sobre la exequibilidad de algunos apartados de la, en ese momento recién expedida, Ley 361 de 1997. En la sentencia C-531 de 2000,⁹⁵ se analizó específicamente la constitucionalidad del artículo 26 de la mencionada Ley.⁹⁶ En esta providencia, por primera vez, la Corte se refiere de forma explícita a la estabilidad laboral reforzada del discapacitado.⁹⁷ En cuanto al inciso primero (parcial) de la norma, no encontró la Corte que este desconociera la Constitución, por cuanto a través de dicho precepto normativo se refuerza “el deber del Estado de garantizar que el discapacitado obtenga y conserve su empleo y progrese en el mismo [...], hasta el momento en que no pueda desarrollar la labor para la cual fue contratado, ni ninguna otra de acuerdo con la clase de invalidez que presenta, debidamente valorada por la autoridad del trabajo.”⁹⁸ Y agrega que en este punto “se estaría ingresando en el campo de las distintas formas de invalidez que impiden desempeñarse a una persona laboralmente.” Así, de forma tácita, se establece que toda persona que sufra de una incapacidad de carácter físico, mental o sensorial, es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, mientras dicha incapacidad no sea valorada médicamente como una invalidez que le impida trabajar.

En cuanto al inciso segundo, consideró la Corte que este es exequible sólo bajo el entendido de que el mecanismo indemnizatorio por omisión de la autorización de la oficina del Trabajo no otorga eficacia jurídica al despido, sino que constituye una sanción adicional por dicha omisión. Así, la Corte estableció los siguientes criterios: (i.) el despido de una persona por razón de su discapacidad y sin autorización de la oficina del Trabajo es absolutamente

95 CConst, C-531/00, A. Tafur.

96 Los apartados demandados se subrayan a continuación:

Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

97 Ya la Corte se había pronunciado sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. Ver, por ejemplo, CConst, T-470/97, A. Martínez.

98 CConst, C-531/00, A. Tafur.

ineficaz; (ii.) por consiguiente, si este se produce, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado; (iii.) la indemnización equivalente a 180 días de salario constituye una sanción por el desconocimiento de la prohibición de despido de personas con discapacidad y de los derechos fundamentales constitucionales, mas no configura la validación del despido.

Sería en el fallo siguiente, la sentencia T-1040 de 2001,⁹⁹ donde la Corte Constitucional dejaría sentada su posición frente al tema de la calificación de la discapacidad. En esta ocasión, tuvo que decidir sobre el caso de una empleada de una cadena de droguerías que, en el desempeño de sus funciones, sufrió un problema muscular. Esto fue comunicado a sus jefes con la solicitud de una reasignación de funciones. No habiendo surtido efecto dicha solicitud, la mujer tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, después de lo cual reiteró nuevamente la petición. El jefe siguió asignándole funciones que deterioraban su situación médica y, finalmente, fue despedida sin justa causa y con pago de indemnización.

En esta sentencia, la Corte consideró que aquellos trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo, sufren disminuciones de su capacidad física deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada. En cuanto a esto señaló:

“[e]stos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.¹⁰⁰ Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.”¹⁰¹ Y para afianzar esto

99 CConst, T-1040/01, R. Escobar.

100 El artículo 5 de la Ley 361 de 1997 establece que para hacerse acreedores a la protección legal especial que consagra, es necesaria la previa calificación médica que acredite la discapacidad. Dice: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.”

101 CConst, T-1040/01, R. Escobar.

agregó que “[e]n materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”¹⁰²

Adicionalmente, en cuanto a los requisitos para la exigibilidad de la protección, la Corte consideró que no es suficiente con que se acredite la situación de debilidad manifiesta, sino que, además, es necesario probar la conexidad entre la discapacidad y el despido. El Tribunal acepta, no obstante, la dificultad de probar el motivo del despido; sin embargo, considera que la sola afirmación por parte del empleado tampoco resulta suficiente para llegar a concluir la relación de causalidad. Por eso, concluyó que “[e]n estos casos [...] opera una presunción a favor del trabajador, que, en todo caso, no lo exime de la carga de allegar una prueba sumaria, que le proporcione al juez los suficientes elementos de juicio para concluir que el despido se efectuó por razón de la condición de especial protección.”¹⁰³

La siguiente sentencia¹⁰⁴ además de reiterar y reforzar la tesis que hasta ese momento se venía construyendo en la Corte sobre la titularidad y las condiciones del derecho a la estabilidad laboral reforzada, dio un paso más en el desarrollo de la materia. Al resolver el caso de un trabajador que por la naturaleza de su trabajo se encontraba permanentemente expuesto al sol, desarrollando una enfermedad de la piel, la Sala recalcó que la protección al empleado en situación de debilidad manifiesta es aplicable independientemente de la naturaleza de la enfermedad, sea laboral o común. Y fundamentó esto diciendo que ni en la Constitución, ni en la jurisprudencia, ni en la ley, “se ha fijado que la protección reforzada en el campo laboral se deba brindar únicamente cuando por causa del trabajo se empiece a padecer la dolencia.”¹⁰⁵ Con esto, amplió una vez más el espectro de personas titulares de este derecho.

La posición sostenida por la Corte hasta este momento sería reiterada en múltiples ocasiones definiendo, de forma cada vez más concreta, pero ampliando la cobertura, quiénes son los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada de los incapacitados.

102 Ibid.

103 Ibid.

104 CConst, T-519/03, M. Monroy.

105 Ibid.

Así, en sentencia T-198 de 2006,¹⁰⁶ tras hacer un análisis detallado del concepto de discapacidad, concluyó que la invalidez implica la incapacidad para desarrollarse en el campo laboral por haber perdido el trabajador el 50% o más de la capacidad laboral. En consecuencia, la protección laboral reforzada establecida no es aplicable a las personas que pertenecen a este grupo, puesto que la persona no estaría en las condiciones aptas para realizar ninguna clase de actividad y se haría acreedora del derecho a recibir una pensión por invalidez.

En sentencia T-1083 de 2007,¹⁰⁷ la Corte se refiere una vez más a la necesidad de probar la conexidad entre la discapacidad y el despido y acepta que exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo del derecho. Por ello, y apartándose del precedente planteado en la materia, determinó aplicar la regla establecida para el caso de las mujeres embarazadas, es decir, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad, imponiendo con ello al empleador la carga de probar que el despido tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en la discapacidad.

Adicionalmente, respecto de la titularidad del derecho, estableció que la protección de la estabilidad laboral reforzada no es aplicable exclusivamente a personas vinculadas mediante contrato a término indefinido, sino también a aquellas que están sujetas a un contrato a término fijo. En cuanto a ello señaló que, para terminar el contrato cuando está involucrado un trabajador que es sujeto de especial protección constitucional, no basta con alegar el vencimiento del plazo, sino que es necesario demostrar el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles. En todo caso, el empleador está obligado a solicitar la autorización de la oficina del Trabajo para dar por terminado el vínculo laboral.¹⁰⁸ Lo mismo, agrega, sucede con los contratos de trabajo celebrados *por la duración de la obra o labor contratada*. En estos, cuando la realidad de la relación laboral permita determinar que el objeto del contrato no es el desempeño de una obra o labor determinada sino una prestación continuada —que con la denominación solo pretende evadir la estabilidad del mismo—, el empleador también estará obligado a solicitar

¹⁰⁶ CConst, T-198/06, M. Monroy.

¹⁰⁷ CConst, T-1083/07, H. Sierra.

¹⁰⁸ Esta posición fue reiterada en la sentencia CConst, T-307/08, H. Sierra.

autorización para terminar el contrato y el empleado que sufre de una discapacidad será estará protegido por la estabilidad laboral reforzada.¹⁰⁹

Por su parte, la sentencia T-812 de 2008¹¹⁰ estableció de forma explícita que la protección también es aplicable a aquellas personas que, con anterioridad a la relación laboral sufren de una incapacidad, pues, independientemente de “la motivación de la entidad para contratar a quien afronta una discapacidad,¹¹¹ las personas en tal condición tienen el derecho a que su despido sea autorizado previamente por la autoridad del trabajo, o bien, que se encuentre condicionado a la existencia de una justa causa legal, comprobada, y a que su desvinculación siga los principios del debido proceso.”¹¹²

De igual manera, en la sentencia T-992 de 2008,¹¹³ la Corte tuteló el derecho a la estabilidad laboral reforzada de un trabajador que, tras sufrir un accidente de tránsito, sufrió incapacidades médicas superiores a 180 días. Su empleador lo despidió alegando la configuración de la justa causa relativa a la existencia de un período de incapacidad superior a 180 días,¹¹⁴ pero no solicitó autorización de la oficina de Trabajo. Por eso, la Corte ordenó al empleador que, previa valoración médica, reintegrara al accionante en el cargo que venía desempeñando y, en caso de que persistiera la incapacidad parcial, lo ubicara en un puesto de trabajo conforme a sus capacidades laborales; además, le ordenó que se abstuviera de despedir al demandante hasta tanto recuperase su capacidad funcional, en un nivel que le permitiese desempeñar un empleo en condiciones normales.

109 Sobre la estabilidad laboral reforzada en contratos por obra o labor pactada véase también CConst, T-369/08, H. Sierra.

110 CConst, T-812/08, J. Córdoba.

111 Así, puede pensarse que lo hace para obtener los estímulos consagrados en la ya citada ley 361 de 1997; pero también es posible, de acuerdo con los hechos expuestos por el accionante, que su vinculación haya sido una simple consecuencia de la sustitución del empleador. Nada de ello es relevante, sin embargo, al momento de evaluar la vulneración al derecho a la estabilidad laboral, pues ésta protección se centra en el principio de no discriminación como se ha expuesto a lo largo de esta providencia.

112 CConst, T-812/08, J. Córdoba.

113 CConst, T-992/08, M. González.

114 El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo dice: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: [...] 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.”

De lo anteriormente expuesto puede concluirse, en primer lugar, que la posición de la Corte Constitucional respecto de la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada ha sido sólida desde sus inicios en 1992 y se mantiene hasta la actualidad.¹¹⁵ Con el paso de los años, esta no sólo ha reiterado y consolidado su tesis, sino también ha definido de forma más detallada los sujetos que deben ser protegidos ampliando, así, la cobertura de la protección. En segundo lugar, de la evolución de la jurisprudencia aquí expuesta pueden extraerse diferentes sub-reglas referentes al problema jurídico planteado.

Así, son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados todas aquellas personas que, sin estar en situación de invalidez, es decir, no habiendo perdido el 50% o más de la capacidad laboral: (i.) se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, dada su condición física, mental o sensorial, o respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, y, en todo caso, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado; (ii.) son portadoras del virus de inmunodeficiencia humana –VIH o enfermas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida–SIDA–; (iii.) padecen una incapacidad surgida con anterioridad al inicio del vínculo laboral; o (iv.) han sufrido incapacidades médicas superiores a 180 días.

Adicionalmente, las personas que estén dentro de alguno de estos supuestos serán titulares independientemente de que: (i.) estén vinculadas con el sector público o con el sector privado; (ii.) la naturaleza de la enfermedad sea laboral o común; (iii.) estén vinculadas mediante un contrato a término indefinido, a término fijo, o celebrado por la duración de la obra o labor contratada; o, (iv.) su condición haya sido certificada como de discapacidad por el organismo competente.

3.2 Espectro restringido de protección en la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha asumido una posición diferente frente a la materia. Como ya se mencionó con anterioridad,

¹¹⁵ La Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el tema. Con el fin de mostrar la solidez de la posición de la Corte hasta la actualidad, en el gráfico de línea se mencionan algunas de las sentencias reiterados, que vale la pena volver a mencionar aquí: CConst, T-263/09, L. Vargas; CConst, T-230/10, M. Calle; CConst, T-025/11, L. Vargas; CConst, T-132/11, L. Vargas

la tesis que propugna se muestra bastante restringida respecto de la que ha planteado la Corte Constitucional.

Sólo hasta el año 2006, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vendría a pronunciarse sobre el tema. En una sentencia de ese año¹¹⁶ tuvo que estudiar un caso en que el accionante alegaba haber trabajado en una empresa y sufrido, durante la prestación del servicio, una enfermedad que redujo su capacidad física y lo dejó inválido. Sostuvo además que, con ocasión de la enfermedad, la empresa había dado por terminado el contrato de trabajo sin haber obtenido previamente la autorización por parte del Ministerio de Trabajo, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En cuanto al caso concreto la Corte sostiene que durante el proceso no se estableció que el actor fuera minusválido ni que hubiese sido desvinculado por esa circunstancia, pero sí se demostró que la empresa le puso término a la relación laboral por haber permanecido el trabajador 180 días incapacitado, siendo esta una causal legalmente prevista para que el empleador dé por extinguida la relación.

Considera la Sala que la simple afirmación del demandante sobre la existencia de una enfermedad que lo dejó inválido no lleva a demostrar la incapacidad física del mismo, y, además, que “la circunstancia de haber estado el demandante incapacitado laboralmente no conducía necesariamente a la conclusión de que tuviera una limitación física, sensorial o psíquica que lo hiciera beneficiario de la especial protección establecida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de los derechos allí reconocidos.”¹¹⁷ Para la Corte, “ningún juez puede dar por demostrada una discapacidad física (...) con cualquier medio de prueba. Se trata de un hecho que debe ser establecido científicamente y para ello es prudente acudir al dictamen pericial.”¹¹⁸ Con esto la Sala, apartándose de forma radical de la doctrina jurisprudencial hasta ese momento defendida por la Corte Constitucional, establece como requisito para la aplicación de la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la calificación como inválido y la debida consignación de ello en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, tal como lo

¹¹⁶ CSJ Laboral, 07/Feb./2006, e25130, G. Gnecco.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

prevé taxativamente el artículo 5º de la misma. Adicionalmente, tampoco encontró como suficiente el hecho de que el empleado hubiese estado incapacitado por un periodo superior de 180 días, hecho que, contrario a lo que ha defendido la Corte Constitucional, fue aceptado en sede de casación como causa justa del despido que faculta al empleador para terminar el contrato sin requerir autorización de la oficina del Trabajo.

En la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia traída a la línea,¹¹⁹ la Sala de Casación Laboral conoció del caso de un empleado de una empresa minera que alegaba haber tenido un accidente de trabajo. Después de este, y atendiendo las recomendaciones del área de Medicina Laboral de la aseguradora, el trabajador fue reintegrado y reubicado; pero pasado unos meses, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio de la Protección Social. Durante el proceso se halló demostrado que el actor padece una incapacidad permanente parcial del 7.41% calificada en debida forma por la ARP.

La Sala de Casación Laboral se refiere, en primer lugar, a la Ley 361 de 1997. Sobre esta considera que contiene un régimen de carácter especial que busca proteger los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo la asistencia y protección necesarias para quienes, según lo prevé su artículo 1º, padecen una limitación en los grados de *severa y profunda*.¹²⁰ Agrega que, en desarrollo de esa disposición, el artículo 5º de la misma Ley dispone que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, donde además debe quedar especificado el grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda. Esto, agrega, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley. La razón de ello, aduce la Corte, es lograr la integración social de aquellas personas que padecen mayores grados de limitación, amparo que resulta “menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad a las que no se les dificulta su inserción en el ámbito

119 CSJ Laboral, 15/Jul./2008, e32532, E. Cuello.

120 Dice el artículo 1º de la Ley 361 de 1997: “Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.” (Subrayado fuera de texto)

laboral. En ese sentido, “quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.”¹²¹

No obstante, prosigue la Sala, dicha ley no determina los extremos entre los cuales se encuentra la limitación moderada, por lo que se hace necesario recurrir al Decreto 2463 de 2001 que, según su artículo 1º, se constituye en norma expresa para regular la materia prevista en la Ley 361 de 1997.¹²² Según dicho Decreto, en su artículo 7º:

“En los términos del artículo 50. de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral; y, limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.”¹²³

De lo expuesto, la Sala concluye que la prohibición prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en cuanto a que ninguna persona con discapacidad puede ser despedida sin previa autorización de la oficina del Trabajo, “se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.”¹²⁴ Por consiguiente, el actor no se encuentra amparado por dicha ley “pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación moderada, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley”.¹²⁵

121 CSJ Laboral, 15/Jul./2008, e32532, E. Cuello.

122 El Decreto 2463 de 2001, *por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez*, dice en su artículo 1º, respecto de su campo de aplicación, que “[t]ambién se aplicará entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en la Ley 21 de 1982, Ley 100 de 1993, Ley 361 de 1997, Ley 418 de 1997 [...]”.

123 Ibid.

124 Ibid.

125 Ibid.

De la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia se pueden deducir tres sub-reglas que fundamentarán sus consideraciones en posteriores sentencias y que condicionan la protección de la estabilidad laboral de las personas con discapacidad, así: (i.) la discapacidad debe haber sido calificada como tal en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud; (ii.) las garantías previstas en la Ley 361 de 1997 solo son aplicables a persona que tengan una limitación del grado severa o profunda; y, (iii.) aquellas personas que tengan un grado de discapacidad moderada, es decir, entre el 15% y el 25%, o inferior a esta, no están protegidas por la prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La siguiente sentencia de la Sala de Casación Laboral¹²⁶ reitera en todo lo previsto en la sentencia anteriormente expuesta. No obstante, y al parecer por una errada lectura de la misma, en el párrafo de conclusiones termina por ampliar la protección prevista en el artículo 26 de la Ley ya mencionada, incluyendo en ella a aquellas personas que padecen una incapacidad calificada como de grado moderado. Resumió la Corte, así, refiriéndose a la providencia de julio de 2008:

“[d]e acuerdo con la sentencia en precedencia, para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación ‘moderada’, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) ‘severa’, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) ‘profunda’ cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y, (iii) que termine la relación laboral ‘por razón de su limitación física’ y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.”¹²⁷

La posición aquí expuesta sería enderezada nuevamente por la Sala de Casación Laboral en la última de sus sentencia presente en la línea.¹²⁸ En esta, el recurrente alega haber sufrido una enfermedad que requirió una intervención quirúrgica y que fue calificada con una discapacidad del 21.55%.

126 CSJ Laboral, 25/Mar./2009, e35606, I. Vargas.

127 Ibid. Esta lectura sería reiterada en la siguiente sentencia proferida por la Sala: CSJ Laboral, 16/Mar./2010, e36115, G. Gnecco.

128 CSJ Laboral, 03/Nov./2010, e38992, C. Tarquino.

Debido a su estado de salud, su incapacidad médica se prolongó por más de 180 días, después de lo cual el empleador dio por terminado su contrato de trabajo. En sus consideraciones la Sala retorna a la posición inicial expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la Ley 361 de 1997 prevé la protección de las personas con limitaciones “*severas y profundas*”. De acuerdo con esto, concluye que en el presente

“no se dan las condiciones exigidas para obtener la garantía de estabilidad de que trata la Ley 361 de 1997, pues dentro de los requisitos para que proceda la protección estatuida en la citada Ley (inciso 2º del artículo 26), se encuentra el que la pérdida de la capacidad laboral supere el 25%, para esa forma (sic) poder ser considerada con una limitación severa, situación en la que no se encuentra el demandante, toda vez que su discapacidad sólo alcanza el 21.55%.”¹²⁹

Adicionalmente, y para decidir el caso concreto, la Sala considera que la terminación del contrato del actor no se produjo por razón de la pérdida de su capacidad laboral, sino por la prolongación de la incapacidad por más de 180 días, configurándose así la causal de justa causa de terminación del contrato de trabajo.

De la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia pueden extraerse la sub-reglas establecidas por esta respecto de la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Así, serán titulares de la protección: (i.) aquellas personas que tengan una limitación severa, es decir, que presenten una pérdida de su capacidad laboral que sea mayor al 25% pero inferior al 50%; (ii.) las que presenten una pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, es decir, que la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%; y, finalmente, (iii.) aquellas personas cuya limitación haya sido calificada como tal en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud. Por otro lado, no serán titulares de la protección quienes: (i.) tengan una discapacidad moderada, es decir, una pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, o inferior a esta; (ii.) hayan sufrido una incapacidad médica superior a 180 días, por configurarse en este caso la justa causa prevista por ley; (iii.) no estén calificadas como tal en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud.

129 Ibid.

Esta posición de la Corte Suprema de Justicia sería rebatida de forma contundente en una de las sentencias más recientes de la Corte Constitucional. En un solo párrafo la Corte dejó en claro el desacuerdo con la interpretación de aquella y, de forma tácita, llamó la atención a los magistrados de la Sala Laboral para que sigan el precedente reiteradamente confirmado por el máximo juez constitucional. Dijo la Corte:

“el requisito de que la discapacidad supere el 25%, supuestamente originado en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicarse en contravía de la interpretación que esta Corporación ha realizado sobre una garantía de origen constitucional. Debe recordarse, al efecto, que esta Corporación tiene a su cargo la función de interpretar con autoridad la Constitución Política, y que los precedentes constitucionales vinculan a autoridades judiciales y administrativas por igual, cuando de la aplicación e interpretación de derechos fundamentales se trata.”¹³⁰

130 CConst, T-025/11, L. Vargas.

4. CONCLUSIONES

Tanto la Constitución, como la ley y la jurisprudencia han intentado superar la situación de discriminación y marginación histórica que ha aquejado a las personas con limitaciones físicas, mentales y sensoriales tanto en el ámbito social, como en el laboral.

El legislador, en desarrollo de los principios constitucionales que establecen la protección especial estatal debida a este grupo poblacional, ha expedido diversas normas que buscan garantizar la integración de estas personas en todas las esferas. Una de ellas corresponde a la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y, entre otras cosas, se disponen criterios para garantizar la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados. Sin embargo, la cuestión sobre a quiénes aplica dicha garantía ha permanecido latente desde sus inicios.

Es respecto a esa cuestión que se ha configurado el problema jurídico desarrollado en la presente línea jurisprudencial, es decir: ¿quiénes son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada por razón de su limitación física, sensorial o mental?

Tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se han ocupado en múltiples ocasiones del tema. Tras el análisis de sus pronunciamientos, sin embargo, se hace evidente una diferencia radical de posturas, en razón de la interpretación que han hecho de las normas que regulan la materia.

De la lectura de las decisiones de la Corte Constitucional, puede verse como esta le ha dado una interpretación flexible, cauta y contextualista al tema, en aras de garantizarle a un amplio sector de la población colombiana con deficiencias de carácter físico, mental o sensorial la estabilidad laboral reforzada que propugnan los principios constitucionales.

De la doctrina jurisprudencial que ha sentado la Corte al respecto, se pueden deducir dos grupos de sub-reglas. Por un lado, ha establecido

que son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados todas aquellas personas que, sin estar en situación de invalidez, es decir, no habiendo perdido el 50% o más de la capacidad laboral: (i.) se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, dada su condición física, mental o sensorial, o respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, en todo caso, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado; (ii.) son portadoras del virus de inmunodeficiencia humana –VIH o enfermas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida– SIDA; (iii.) padecen una incapacidad surgida con anterioridad al inicio del vínculo laboral; o (iv.) han sufrido incapacidades médicas superiores a 180 días.

Por otro lado, las personas que estén dentro de alguno de estos supuestos serán titulares independientemente de que: (i.) estén vinculadas con el sector público o con el sector privado; (ii.) la naturaleza de la enfermedad sea laboral o común; (iii.) estén vinculadas mediante un contrato a término indefinido, a término fijo, o celebrado por la duración de la obra o labor contratada; (iv.) su condición haya sido certificada como de discapacidad por el organismo competente.

Entre tanto, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho una lectura más taxativa, y por qué no decirlo, rígida, de las disposiciones normativas, que ha llevado a restringir en gran medida el grupo de personas con limitaciones físicas, mentales y sensoriales que resultan beneficiarias de la protección de la estabilidad laboral reforzada.

De sus sentencias, así mismo, es posible deducir dos grupos de sub-reglas aplicables al problema jurídico. Por un lado, ha establecido que serán titulares de la protección (i.) aquellas personas que tengan una limitación severa, es decir, que presenten una pérdida de su capacidad laboral que sea mayor al 25% pero inferior al 50%; (ii.) las que presenten una pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, es decir, que la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%; y (iii.) que dicha limitación haya sido calificada como tal en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud.

Por otro lado, no serán titulares de la protección quienes (i.) tengan una discapacidad moderada, es decir una pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, o inferior a esta; (ii.) hayan sufrido una incapacidad médica superior a 180 días, por configurarse en este caso la justa causa prevista por ley; (iii.) no estén calificadas como tal en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud.

LA INTEGRACIÓN DE LOS CONVENIOS DE LA OIT AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Marco Tulio Uribe Ángel, Alejandro Restrepo Ochoa y Jorge Enrique Camacho Carvajal en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO ● DEL PROBLEMA JURÍDICO

La articulación entre el derecho constitucional interno y los instrumentos de derecho internacional es una de las características claves para entender el funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Se trata de una reorganización del sistema de fuentes jurídicas que busca integrar el derecho internacional al conjunto de normas de orden interno. Estas herramientas son indispensables para los jueces y, en general, las autoridades públicas en la resolución los asuntos que son de su competencia. Esta tendencia, que bien puede calificarse como una forma de *internacionalización de las constituciones nacionales*, se materializa a través de normas de incorporación que definen la naturaleza jurídica de los tratados y convenios de derecho internacional y establecen su orden de procedencia.¹³¹ En el caso colombiano, por ejemplo, la concreción de esta tendencia ha significado que la definición de la Constitución Política como "norma de normas" -que implica su aplicación preferente en todo caso de incompatibilidad frente a la ley¹³²- haya tenido que acomodarse para dar cabida a cláusulas de reenvío que incorporan

¹³¹ Cfr, Diego Eduardo López Medina & Astrid Liliana Sánchez Mejía, *La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el código penal*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, Edición especial 2008, 317-351.

¹³² Artículo 4 C.P.: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

disposiciones de origen supranacional al derecho interno. Así, en nuestro ordenamiento constitucional se hace referencia a la incorporación de instrumentos de derecho internacional a la legislación colombiana –tal y como lo hace el Artículo 53 Superior¹³³–; a la prevalencia en el orden interno de algunos tratados y convenios internacionales –de acuerdo con el inciso 1 del Artículo 93 C.P.¹³⁴–; y al principio general de interpretación que señala que los derechos y deberes consagrados en la Carta deben entenderse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –regla establecida en el segundo inciso del Artículo 93 C.P.¹³⁵–.

En la práctica, sin embargo, la aplicación de estas reglas ha dado origen a controversias que la Corte Constitucional se ha encargado de resolver caso por caso. Este artículo está dedicado, precisamente, a estudiar la manera como el máximo tribunal en materia constitucional se ha encargado de articular el sistema de fuentes jurídicas domésticas e internacionales en materia laboral. El problema jurídico que nos interesa resolver se puede formular de la siguiente manera: ¿cuál es el valor de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano? La respuesta a esta pregunta supone hacer un recorrido por tres momentos distintos de la jurisprudencia constitucional en donde de manera secuencial se van adoptando diferentes tesis. Estas respuestas al problema jurídico parten del reconocimiento del valor legal de dichos instrumentos; continua señalando su pertenencia al bloque de constitucionalidad; y termina estableciendo distinciones diferenciadas y fundamentadas sobre los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato y del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

La gráfica que se presenta a continuación representa las tres respuestas posibles al problema jurídico y extiende una invitación a prestar atención a la manera como doctrina constitucional cambia para reacomodar diversas fuentes de derecho vigentes en el ordenamiento nacional.

133 Artículo 53 C.P.: (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

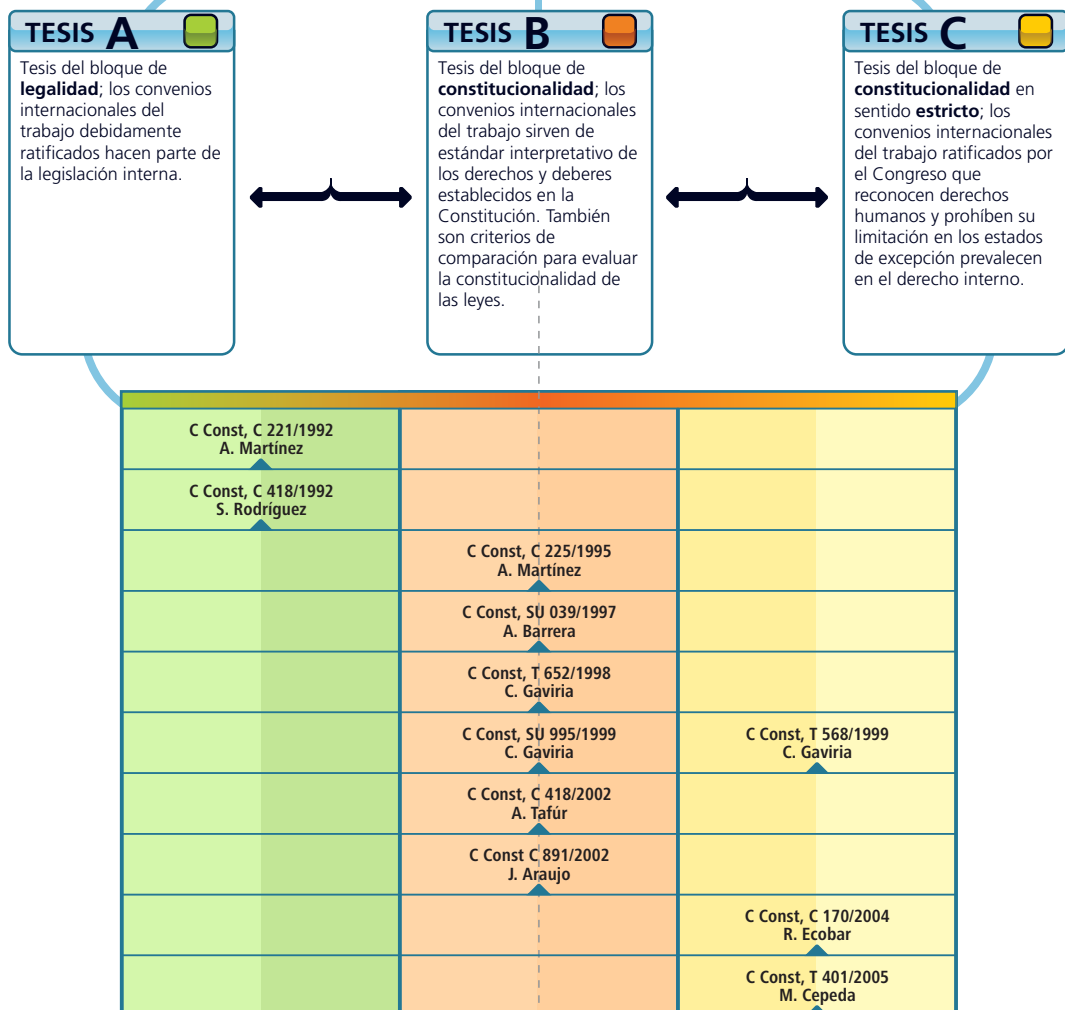
134 Artículo 93 C.P.: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

135 Ibid.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es el valor de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento jurídico Colombiano?



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación se presentan las diferentes respuestas que ha dado la Corte Constitucional al problema jurídico planteado.

3.1. Primera respuesta: la era del llamado bloque de legalidad

En los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia se reconoció que, de acuerdo a lo establecido en el inciso 4 del Artículo 53 Superior, los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna. De esta manera, la pregunta sobre cuál es el valor de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano contaba con una primera respuesta unificada: todos los convenios tienen el rango de leyes ordinarias siempre y cuando hayan sido debidamente ratificados en los términos establecidos por la Constitución y la ley. Los jueces de la República¹³⁶ ven en esta postura la formulación de un concepto que denominan “bloque de legalidad” que tiene el propósito de relieves la manera como la Constitución se encarga de integrar los convenios internacionales en materia laboral insertándolos dentro de la legislación interna del país.

Así ocurrió en la Sentencia C-221 de 1992.¹³⁷ En esta oportunidad un ciudadano demandó la inconstitucionalidad de la expresión “la naturaleza de los asuntos que le sean confiados” contenida en el Artículo 6 del Decreto 119 de 1991 “por medio del cual se fijan las escalas de remuneración de los empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA”. Para el demandante, la norma acusada, que establece el régimen de viáticos aplicables a los trabajadores del SENA, viola abiertamente las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad, pues “hace una distinción entre sus empleados por razón de carácter intelectual o material de la labor, y en consecuencia paga, a unos

¹³⁶ En efecto, varios de los trabajos reseñados en la primera nota de este artículo hacen alusión un bloque de legalidad para diferenciar esta primera postura adoptada por la Corte de la de “bloque de constitucionalidad” que posteriormente haría parte de la discusión en esta materia.

¹³⁷ CConst. C-221/92 A. Martínez. En esta ocasión la Corte declaró la constitucionalidad de la norma demandada.

funcionarios de igual remuneración mensual, una tarifa mayor de viáticos, y a otros, que devengan la misma remuneración mensual, una tarifa inferior de viáticos (...)."¹³⁸ Para decidir el caso, la Corte hace alusión expresa a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en el entendido que se trata de instrumentos jurídicos que hacen parte de la legislación interna. En palabras de la Corte:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia *fuerza de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política*, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna[.]”

Meses más tarde, en la sentencia T-418 de 1992,¹³⁹ la Corte Constitucional reiteró que los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna. En este caso, empleados pertenecientes al Sindicato Nacional de Trabajadores de Good Year de Colombia -Sintragoodyear-, y al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Transformadora del Caucho, Plástico, Polietileno, Poliuretano, Sintéticos, Partes y derivados de estos procesos -Sintraincapla- presentaron una acción de tutela con el propósito de lograr la protección del derecho de asociación sindical vulnerado por las prácticas desplegadas por el empleador para impedir la afiliación de nuevos trabajadores a los respectivos sindicatos y desincentivar la permanencia de quienes ya hacían parte de dichas agrupaciones. En esa ocasión se señaló que:

“[s]egún el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ CConst. T-418/92 S. Rodríguez. Aquí la Corte confirmó la sentencia de instancia que había negado la acción de tutela presentada por los trabajadores.

3.2 Segunda respuesta: el surgimiento del concepto de bloque de constitucionalidad

Hacia mediados de la década de los años 90, la Corte se enfrentaría a otro problema de integración normativa entre el derecho interno y el derecho internacional. En esta oportunidad, la discusión versaba sobre la aparente contradicción entre el Artículo 4 Superior –que establece la primacía de la Constitución en el orden jurídico- y el Artículo 93 C.P. –que señala la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso-. Aquí se enfrentaban una visión fuertemente nacionalista del ordenamiento jurídico que se expresaba en el reconocimiento de la Constitución Política como última fuente del ordenamiento jurídico y una visión más globalizada del derecho que buscaba abrir el camino para la aplicación directa de los instrumentos de derecho internacional. Para resolver esta encrucijada, que implicaba un reacomodamiento del texto constitucional a favor de la aplicación del derecho supranacional, la Corte acudiría al concepto de bloque de constitucionalidad. En efecto, la sentencia C-225 de 1995,¹⁴⁰ reiterada posteriormente en varias ocasiones,¹⁴¹ se señalaría que:

“[E]l bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.”¹⁴²

En relación con los convenios internacionales del trabajo la noción del bloque de constitucionalidad se aplicó por primera vez para hacer referencia al convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Así,

140 CConst. T-225/1995 A. Martínez. Mediante la cual la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, por medio de la que se aprobó el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas.

141 Cfr., entre, muchas, las Sentencia CConst. C-578/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y la Sentencia CConst. T-358/97 E. Cifuentes.

142 CConst. T-225/1995 A. Martínez.

en la sentencia SU-039 de 1997,¹⁴³ se afirmó que dicho convenio hacía parte del bloque de constitucionalidad y se utilizó para fijar los alcances de la consulta:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.”

La doctrina establecida en la Sentencia SU-039 de 1997 fue luego retomada en la Sentencia T-652 de 1998.¹⁴⁴ En esta oportunidad se ordenó realizar un proceso de consulta con una comunidad indígena y se determinó la inaplicación de un decreto, por ser violatorio de las normas constitucionales y de “las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 [que aprobó el convenio 169].”¹⁴⁵ Las precisiones contempladas en la sentencia SU-039 de 1997 también se aplicaron en las sentencias C-418 de 2002¹⁴⁶ y C-891 de 2002,¹⁴⁷ que resolvieron dos demandas de

143 C.Const. SU-039/97 A. Barrera. En esta sentencia se concedió el amparo solicitado por el Defensor del Pueblo en favor de la comunidad indígena UWA, con el objeto de que fuera consultada en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo.

144 C.Const. T-652/98 C. Gaviria. En esta oportunidad se concedió la tutela en favor de la comunidad indígena Embera Katío, afectada por la construcción de la represa de Urrá.

145 Ibid.

146 C.Const. C-418/02 A. Tafúr. Aquí la Corte analizó una demanda dirigida contra el inciso primero del Artículo 122 del Código de Minas, que establecía que la autoridad minera delimitaría las zonas mineras indígenas, y acusaba la norma por cuanto no contemplaba la consulta para esa demarcación. En la sentencia la Corte se refirió en distintas ocasiones a la necesidad de consultar con las comunidades indígenas cuando se trata de la explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, consideró que para la delimitación debía “darse aplicación a la regla contenida en el artículo 330 de la Constitución en armonía con los dispuesto en el convenio 169 de la OIT (ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.” Por lo tanto, en la parte resolutive la Corte declaró que la norma era constitucional, “bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.”

147 C.Const. C-891/02 J. Araújo. Esta sentencia se ocupó de la demanda presentada por la Organización Indígena de Colombia contra numerosas normas del Código de Minas por cuanto, a pesar de que su aplicación afectaba territorios indígenas, habrían sido

inconstitucionalidad en contra de normas del Código de Minas. En ambos casos se partía de una base común según la cual:

“31. El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales -incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT- se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacentes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.”¹⁴⁸

La utilización del concepto de bloque de constitucionalidad para la resolución de conflictos regulados por los convenios internacionales del trabajo abrió una ventana de oportunidad para reforzar la interpretación garantista de los derechos de los trabajadores. En la práctica esto también significó que dichos convenios se convirtieron en criterios de evaluación para determinar la exequibilidad de las normas infra-constitucionales.¹⁴⁹ Otros ejemplos de esta nueva tendencia que se abrió camino en la doctrina constitucional se encuentran en la Sentencia SU-995 de 1999¹⁵⁰ en la que la Corte concedió las tutelas interpuestas por un grupo numeroso de docentes del Municipio de Plato, Magdalena, que solicitaba el pago de sus salarios y otras prestaciones sociales. En esta oportunidad la Corte echo mano del Convenio No. 95 de la OIT para interpretar el contenido del concepto de “salario” y, así, incluir dentro del campo de la protección constitucional las cesantías que demandaban los peticionarios y que la administración se negaba a pagar.

Por otro lado, en la sentencia C-551 de 2003,¹⁵¹ que estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003 –“por la cual se convocó al referendo

expedidas sin surtir la consulta con las comunidades indígenas. La Corte estableció, en esta materia, que en todos los casos en los que se explotaran recursos naturales en los territorios indígenas “debía consultarse con las comunidades, a pesar de que las normas legales mineras no dijeran nada al respecto”.

148 Ibid. Con base en lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia se dispuso que varias normas eran constitucionales, en el entendido de que para su aplicación debía procederse a la consulta con las comunidades que podían ser afectadas. Sobre esta misma materia también puede consultarse la Sentencia.

149 Cfr. el ya citado Artículo 93 de la Constitución.

150 C.Const. SU-995/99 C. Gaviria.

151 C.Const. C-551/03 E. Montealegre. En esta ocasión salvaron parcialmente su voto los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. Las normas referidas de la Ley 796 de 2003 fueron declaradas inexequibles.

sobre el proyecto de reforma constitucional-, la Corte acudió a distintos convenios al efectuar el juzgamiento de algunas normas de la ley, para determinar si representaban una sustitución de la Constitución. En este examen resultaba relevante hacer referencia a los tratados y convenios que integran el bloque de constitucionalidad. Las normas objeto de estudio fijaban, por ejemplo, topes máximos a las pensiones con cargo a recursos públicos, eliminaban los regímenes pensionales especiales, determinaban la edad mínima para jubilarse, ordenaban la revisión de las pensiones otorgadas en contra del ordenamiento vigente y congelaban por un período determinado los sueldos y pensiones pagados con recursos públicos. Por esta razón, resultaba necesario desarrollar un análisis a la luz de los convenios sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (Convenio 128).

Como se puede apreciar, el común denominador de los pronunciamientos reseñados en este acápite es que se trata de decisiones que reconocen el valor de bloque de constitucionalidad y, desde luego, permiten la inclusión de algunos convenios internacionales del trabajo dentro de esta categoría. En estos casos, se recalca, las normas de derecho internacional que se integran al ordenamiento interno sirven como marco de referencia para declarar la exequibilidad de las leyes comunes y como criterio interpretativo para la aplicación de los derechos y deberes establecidos en la Constitución. Adicionalmente, en ninguno de estos pronunciamientos se distingue entre el bloque de constitucionalidad en sentido *lato* y en sentido *estricto*¹⁵². Esta es una observación importante porque, como se verá a continuación, la tercera respuesta de la jurisprudencia constitucional a la pregunta sobre el valor de los convenios laborales dentro del ordenamiento jurídico colombiano se construye una versión diferente, más estricta, del bloque de constitucionalidad.

3.3. Tercera respuesta: del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Finalmente, la Corte ha terminado por decantar con mayor precisión el conjunto de normas que conforman el Bloque de Constitucionalidad, distinguiendo para el efecto entre el bloque en sentido *lato* y el bloque

¹⁵² Sobre la referencia al bloque de constitucionalidad sin hacer ningún tipo de diferenciación también pueden consultarse las sentencias CConst. C-657/00 A. Beltrán y CConst.C-1491/00 F. Morón.

en sentido estricto. De lo que se trata aquí es de hacer una apuesta por integrar de manera más intensa el derecho interno y el derecho internacional. En el campo del derecho laboral lo anterior significa que los convenios internacionales del trabajo que versan sobre derechos humanos fundamentales de relevancia en el mundo del trabajo (v.g., la prohibición del trabajo infantil, la prohibición del trabajo forzoso, el derecho de asociación y la aplicación del principio de no discriminación¹⁵³) y que no se pueden limitar en los estados de excepción hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto –y, por lo tanto, prevalecen en el orden jurídico interno-. Ahora bien: tal y como se ha visto a lo largo de este capítulo, la Corte ha decidido la categoría a la que pertenece cada convenio –i.e., a la legislación interna o al bloque de constitucionalidad- luego de realizar un estudio detallado de las circunstancias que rodean cada caso. Años después, en la Sentencia C-401 de 2005¹⁵⁴ se diría al respecto que:

“A la Corte le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (C.P., art. 93, inciso 1).¹⁵⁵

Sólo hasta el año 1999 se aplicaría por primera vez el concepto de bloque de constitucionalidad en sentido estricto en la resolución de un asunto de carácter laboral. A través de la Sentencia T-568 de 1999¹⁵⁶ la Corte se pronunció sobre el despido de varios trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores –no obstante que la asamblea permanente que se había convocado había sido declarada ilegal por parte del Ministerio del Trabajo-. En palabras del Tribunal la resolución del caso dependía de la construcción de un bloque de constitucionalidad conformado por diversas normas internas y de derecho internacional. Dice la Corte:

153 Los derechos aquí señalados, solo como ejemplos, constituyen el núcleo de la Declaración relativa a los principios y derechos laborales fundamentales promulgado por la OIT en 1998.

154 Cfr. CConst C-401/05 M. Cepeda. Mediante la cual la Corte Constitucional declara la exequibilidad parcial del Artículo 19 del C.S. del T. permitiendo la aplicación supletiva de los convenios internacionales del trabajo. Esta sentencia es muy importante dentro de la línea, pues trata de ordenar la jurisprudencia de la Corte en la materia objeto de estudio.

155 Ibid.

156 CConst T-568/99 C. Gaviria.

“[P]ara la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos (...).”¹⁵⁷

En esta oportunidad se concedió el amparo solicitado, pues, de acuerdo con la Sala de Revisión, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“(...) las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.”¹⁵⁸

De la misma forma procedió la Corte en la Sentencia C-170 de 2004¹⁵⁹ que resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra las normas del Código del Menor que prohíben el trabajo de los menores de 14 años y contemplan que, excepcionalmente, determinadas autoridades podrían permitir el trabajo de niños mayores de 12 años, luego de obtener el concepto favorable del defensor de familia.¹⁶⁰ En la demanda se anotaba que la autorización del tra-

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ CConst. C-160/04 R. Escobar..

¹⁶⁰ Se trata del artículo 238 (parcial) del Decreto - Ley 2737 de 1989 – Código del Menor. En esa oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de la expresión: “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce años (12) podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo”, en el entendido que los mayores de 12 años podrán trabajar, siempre y cuando se le dé estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-325 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), y que no

bajo infantil vulneraba los derechos fundamentales de los niños. Sin embargo, la Corte declaró la exequibilidad de las normas demandadas refiriéndose, para el efecto, a los Convenios No. 138 y No. 182 de la OIT:

"19. En desarrollo (...), de los artículos 93 y 94 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha reconocido que las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos de Niño (Ley 12 de 1991), el Convenio 138 sobre la "Edad Mínima de Admisión de Empleo" (Ley 515 de 1999) y el Convenio 182 sobre la "Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación" (Ley 704 de 2001), forman parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* y, por lo mismo, no sólo sirven de parámetros de validez constitucional de los preceptos legales, sino que también tienen fuerza vinculante".

Otras sentencias han recogido la doctrina recién señalada sobre la distinción entre el bloque de constitucionalidad en sentido lato y el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Véase por ejemplo las sentencias: C-1188 de 2005;¹⁶¹ T-285 de 2006;¹⁶² C-280 de 2007¹⁶³ y C-063 de 2008.¹⁶⁴

podrán hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183 de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-535 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería). Además, la constitucionalidad de la norma reseñada, se sujeta a que Colombia continúe acogiendo a la edad de 14 años.

¹⁶¹ CConst. C-1188/05 A. Beltrán. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad del artículo 383 del Código Sustantivo del Trabajo en el entendido que éste rige también para aquellos trabajadores mayores de 12 años y menores de 14 años, siempre y cuando trabajen de manera excepcional en condiciones especiales de protección. De manera implícita este pronunciamiento reitera la pertenencia de la prohibición del trabajo infantil, contemplada en varios convenios de la OIT, al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

¹⁶² CConst. T-285/06 A. Tafúr. En esta sentencia el peticionario presenta acción de tutela en contra de Bancafé S.A. –en liquidación– por la presunta vulneración de su derecho al trabajo y a la libertad de asociación toda vez que, pese a tratarse de un miembro del Sindicato Nacional de Empleados Bancarios, fue despedido sin justa causa alguna. Aunque la Sala de Revisión ordenó el reintegro del trabajador y en este caso se reproducen los apartados más importantes de la Sentencia C-401 de 2005, la Corte perdió la ocasión para incorporar de manera expresa al bloque de constitucionalidad en sentido estricto los convenios de la OIT relativos a la libertad sindical que, como ya se dijo, fueron declarados fundamentales mediante la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo de 1998 ya vigente para el momento en que se profirió esta sentencia.

¹⁶³ CConst. C-280/07 J. Sierra. En esta sentencia se declara la exequibilidad del literal f) del artículo 2 del Decreto Ley 254 de 2000 y se dice de manera expresa que el Convenio No. 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, pues no cumple con los requisitos establecidos para el efecto.

¹⁶⁴ CConst. C-063/08 C. Vargas. Al declarar inexecutable el numeral 2 del artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 –sobre representación de los sindicatos en una empresa–, la Corte reiteró que el Convenio No. 154 de la OIT no hacía parte del bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto ni en sentido lato.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo se ha mostrado la manera como la doctrina constitucional que se encarga de definir el valor de los convenios internacionales del trabajo dentro del ordenamiento jurídico colombiano se ha dedicado, fundamentalmente, a establecer diferencias entre los diversos convenios de la OIT de acuerdo al principio de integración que está en juego. En este orden de ideas se puede decir que si bien todos los convenios que han sido “debidamente ratificados” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” (C.P., art. 53, inciso cuarto) -es decir, “son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno”¹⁶⁵-, no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), en razón de la materia que se encargan de regular. Así, no en todos los casos se reconocen o regulan derechos humanos, sino que se tratan aspectos administrativos, estadísticos o de otra naturaleza no constitucional.

De la exposición precedente también resulta claro que algunos convenios hacen parte del bloque de constitucionalidad. En estos casos la Corte Constitucional puede, como en efecto ya lo ha hecho, indicar de manera específica qué convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido *lato* –pues constituyen un referente para interpretar los derechos de los trabajadores (Artículo 93, inciso 2 C.P.); sirven como criterios de evaluación para determinar la constitucionalidad de las leyes ordinarias (Ibid.); y, hacen efectivo el principio fundamental de protección del trabajador (Artículo 1 C.P.)-.

De otra parte, cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, “corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (Artículo 93, inciso 1 C.P.)”,¹⁶⁶ como bien lo ha hecho frente a los convenios que prohíben el trabajo infantil (No. 138 y No. 182 de la OIT) y que reconocen la libertad de asociación sindical (No. 87 y No. 98 de la OIT).

¹⁶⁵ Cfr. CConst C-401/05 M. Cepeda..

¹⁶⁶ Ibid.

SOBRE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA DESPEDIR TRABAJADORES QUE GOZAN DE FUERO SINDICAL DENTRO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación
desarrollado por Jaime Alfonso Cuellar Naranjo y
Héctor Hermes Méndez Mariaca en el marco del "IV
Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados
(as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Las decisiones relacionadas con la estructura que adopta la administración en diferentes escalas tienen consecuencias específicas. En algunos casos implican la creación de puestos y funciones que materializan la presencia del Estado a lo largo y ancho del territorio nacional. En otras ocasiones suponen recortes de personal y supresión de dependencias que se estiman necesarios para modular el gasto público o hacer más eficiente el funcionamiento estatal. En estos casos es indispensable establecer cuáles son las reglas legales aplicables, pues el interés general que persigue el Estado que muta su estructura debe sopesarse frente al interés particular de los funcionarios que pueden verse afectados por dichos reacomodamientos institucionales.

Este capítulo está dedicado, precisamente, a analizar un caso particular de la interacción entre la adopción de nuevas estructuras administrativas y los derechos de los trabajadores al servicio del Estado. La situación concreta que nos interesa explicar guarda relación con los empleados estatales que gozan de la garantía del fuero sindical y resultan afectados por la supresión o reestructuración de los cargos que desempeñan o de la entidad para la que trabajan. ¿Cómo se deben enfrentar este tipo de casos?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, el *fuero sindical* es el nombre que se le da a la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, *sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo*. Tras esta disposición, lo que está en juego es la protección del derecho fundamental a la libre asociación que la Constitución reconoce a los trabajadores públicos y privados.¹⁶⁷ De esta forma se busca que el mecanismo de terminación unilateral del contrato de trabajo no se convierta en una forma de desconocer o menoscabar la libertad de asociación sindical. Por esta razón, para que proceda el despido de los trabajadores a quienes se le reconoce el fuero sindical¹⁶⁸ es necesario que el empleador cumpla con los dos requisitos señalados en la legislación: en primer lugar, la existencia de una justa causa específicamente señalada en la ley; y, en segundo lugar, la calificación de esa justa causa por el juez del trabajo.

En la práctica, sin embargo, la aplicación de esta regla legal no ha sido pacífica, pues se han construido argumentos de diferente naturaleza que en algunos casos hacen necesario el agotamiento del procedimiento judicial previo que certifica la existencia de una justa causa de despido de un trabajador aforado. En otros casos, se ha considerado que dicha calificación judicial es innecesaria y, por lo tanto, la administración puede proceder a terminar los contratos de trabajo de los puestos que suprime o reestructura sin necesidad de cumplir ningún otro procedimiento. En este orden de ideas, el problema jurídico que corresponde analizar se traduce en saber si es necesaria

167 El artículo 38 de la Constitución Política señala que: “[s]e garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”. El artículo 39, por su parte señala que: “[l]os trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”.

168 De acuerdo con el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, la garantía de fuero sindical se reconoce a: i.) los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis meses; ii.) los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores; iii.) los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco principales y cinco suplentes; iv.) los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un principal y un suplente. En este último caso, el amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis meses más. Finalmente, el fuero sindical también se le reconoce a dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una comisión estatutaria de reclamos.

la autorización judicial previa para proceder a despedir trabajadores que gozan de fuero sindical por efecto de los procesos de reestructuración administrativa. La línea de jurisprudencia que se presenta a continuación intenta dar respuesta a este interrogante.

2.

GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

en el marco de procesos de reestructuración administrativa ¿es necesaria la autorización judicial previa para proceder a despedir trabajadores aforados?

TESIS A

SÍ es necesaria la autorización judicial previa.

TESIS B

NO es necesaria la autorización judicial previa.

		C Const, C 262/1995 F. Morón
		C Const, T 729/1998 H. Herrera
		C Const, T 1020/1999 F. Morón
C Const, T 731/2001 R. Escobar		
C Const, T 1189/2001 J. Araújo		
		C Const, T 575/2002 R. Escobar
		C Const, T 077/2003 R. Escobar
		C Const, T 426/2003 J. Araújo
C Const, S T 732/2006 M. Cepeda		

Los casos que integran esta línea jurisprudencial tienen características comunes. Se trata de procesos protagonizados por trabajadores aforados que reclaman la protección de sus derechos al trabajo y la libertad de asociación sindical. Los hechos que respaldan su demanda, por lo general, guardan relación con la decisión de suprimir los cargos o las entidades oficiales para las que prestan sus servicios sin contar con la autorización judicial previa establecida en el ordenamiento laboral. En consecuencia, se solicita el reintegro a su trabajo o la declaratoria de vía de hecho de la sentencia proferida por un juez laboral que niega el reintegro de dichos trabajadores.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación se presentarán las etapas a través de las cuales se plantean distintas respuestas al problema jurídico que indaga por la necesidad –o no– de contar con una autorización judicial previa para proceder a despedir trabajadores que gozan de fuero sindical en el marco de los procesos de reestructuración administrativa adelantados a nivel nacional, regional o local.

3.1. Primera fase: no es necesaria la autorización judicial previa

La sentencia con la que se inicia la línea data del año 1995. En esa ocasión se demandaron el parágrafo 10. del artículo 113 de la Ley 99 de 1993, por medio del cual se faculta al Presidente de la República para reestructurar la Corporación Autónoma Regional del Cauca, y los artículos 1, 11, 22, 23 y 31 del Decreto 1275 de 1994 que establecen algunas de las reglas a seguir en desarrollo de dicho proceso. En relación con el problema jurídico planteado, el referido artículo 31 de Decreto 1275 de 1994 señala que:

“Artículo 31. En caso de que alguno o algunos de los funcionarios cuyo cargo se suprima gocen del privilegio de fuero sindical, la supresión del cargo implica el retiro automático del servicio y en consecuencia, no será necesario adelantar el proceso de levantamiento de fuero ante la justicia laboral.”¹⁶⁹

En opinión del demandante, esta norma configura una abierta violación de los derechos de los trabajadores, en particular, la libertad de asociación sindical (Artículo 39 C.P.), el derecho al fuero sindical (Ibid.) y las garantías laborales mínimas (Artículo 53 C.P.), pues permite el despido de empleados aforados sin contar con autorización judicial previa, tal y como lo establece la legislación doméstica.¹⁷⁰ La Corte, por su parte, señala que, en

¹⁶⁹ Decreto 1275 de 1994.

¹⁷⁰ El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como: “[l]a garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, *previamente calificada por el juez del trabajo*”. Código de Procedimiento Laboral, artículo 405, modificado por el Decreto 204 de 1957. Énfasis añadido.

relación con el artículo 31 del Decreto 1275 de 1994, “se observa que las garantías constitucionales y legales sobre el fuero sindical y la estabilidad laboral, no son afectadas”,¹⁷¹ pues las consecuencias jurídicas, relacionadas con el vínculo laboral que impugna el actor, se desprenden de una definición legal de carácter general establecida en la ley.¹⁷² Al mismo tiempo, el Tribunal señala que la facultad constitucional de reestructurar una entidad pública implica, entre otras cosas, la atribución jurídica de suprimir cargos. Por estas razones:

“no asiste razón al actor en cuanto a la supuesta violación del derecho constitucional al fuero sindical de los trabajadores vinculados al sindicato de trabajadores de la CVC, puesto que la debida supresión de un empleo, verificada de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, hace innecesario acudir a la definición judicial del fuero sindical como lo determina [el artículo acusado]; éste no es un límite absoluto que pueda enervar las decisiones ordinarias del legislador en materia de la estructura de la Administración Nacional.”¹⁷³

Para la Corte resultaba claro que el Decreto 1275 establecía un procedimiento concreto para indemnizar a todos los trabajadores cuyos cargos fueran suprimidos.¹⁷⁴ Así, se protegían los derechos de los trabajadores de entidades sujetas a reestructuración—incluidos los trabajadores aforados—, pues, en todo caso, el fuero sindical no se puede convertir en una garantía absoluta que impida u obstaculice la recomposición de la administración pública.

Posteriormente, en el año 1998, la Corte revisó el proceso de tutela iniciado por dos ex trabajadores de la Gobernación del Cauca que alegaron la violación de sus derechos al trabajo (Artículo 25 C.P.) y a la asociación sindical (Artículo 39 C.P.), pues, a pesar de hacer parte de la directivas del Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas, fueron despedidos como resultado de un proceso de reestructuración local que suprimió los cargos que desempeñaban. En consecuencia, los actores solicitaban su reintegro a la planta de

171 CConst, C-262/95 F. Morón.

172 Ibid.

173 Ibid.

174 En efecto, el Artículo 22 del Decreto en comentario señala que: “Artículo 22. *Indemnizaciones de los trabajadores oficiales y los empleados públicos escalafonados.* Los trabajadores oficiales y empleados públicos escalafonados en carrera administrativa, a quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la reestructuración de la Corporación, en desarrollo del artículo 113 de la Ley 99 de 1993, tendrán derecho a la siguiente indemnización:

personal. Luego de constatar que el gobernador actuaba en ejercicio de facultades expresas otorgadas por asamblea departamental, la Corte procedió a negar el amparo solicitado. Tres argumentos sirvieron de soporte a este fallo. En primer lugar, de acuerdo con la Ley 362 de 1997,¹⁷⁵ para el Tribunal resultaba claro “que la jurisdicción laboral es la competente para conocer de los conflictos que se susciten por razón del fuero sindical de los empleados públicos.”¹⁷⁶ En segundo lugar, el Tribunal señaló que “no puede impedirse el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, ni la consecución de las finalidades sociales del Estado, y por ende la primacía de los derechos e intereses generales, so pena de hacer prevalecer los derechos individuales [de los actores].”¹⁷⁷ Finalmente, y en aplicación de la doctrina establecida en 1995 sobre el derecho al fuero sindical, se dijo que “tampoco existen derechos absolutos, en la medida en que todos están supeditados a la prevalencia del interés colectivo.”¹⁷⁸

3.2. Segunda etapa: es necesaria la autorización judicial previa

Con la llegada del nuevo siglo, la Corte redefinió su doctrina respecto a la procedencia de la autorización judicial para despedir a trabajadores aforados cuyo cargo es suprimido. En esta oportunidad, se revisaba el caso de un dirigente del sindicato de trabajadores oficiales y empleados públicos del Huila que fue despedido como consecuencia del proceso de reestructuración adelantado sin solicitar el levantamiento previo del fuero sindical. Ante esta situación, el trabajador inició un proceso especial de reintegro que fue concedido en primera instancia y luego revocado por el *ad-quem* al constatar “la imposibilidad física de reintegro.” Para el peticionario dicha decisión constituía una vía de hecho que la Corte Constitucional debe enmendar.

En este caso la Corte precisó que “la ley en ningún momento establece que el permiso judicial previo para despedir trabajadores aforados no se aplique a los casos de reestructuración de entidades administrativas.”¹⁷⁹

175 “Por la cual se modifica el artículo 2º del Código Procesal de Trabajo y se dictan normas en materia de competencia en materia laboral.”

176 CConst T-729/98 H. Herrera.

177 Ibid.

178 Ibid. En el mismo sentido puede consultarse CConst T-1020/99 F. Morón.

179 CConst T-731/01 R. Escobar. En esta oportunidad, la Corte ordenó al juez ordinario que conoció en segunda instancia el proceso especial de reintegro que procediera a anular dicha providencia para, en su reemplazo, proferir un nuevo fallo en el que se tenga en

Por el contrario, la garantía del fuero sindical, expresamente reconocida en el artículo 39 de la Constitución, así como el derecho de asociación sindical, son aplicables también a los servidores públicos. Por otra parte, señala la Corte, no se puede pensar que para establecer si existe justa causa o no para el despido debe iniciarse un proceso de reintegro. Para ello la legislación ha regulado el requisito de autorización previa. A la autoridad judicial le corresponderá, entonces, establecer si la supresión del cargo constituye justa causa o no para terminar el vínculo laboral de un trabajador aforado y, en consecuencia, autorizar o no su despido. De lo anterior se puede concluir que la administración no puede calificar unilateralmente la configuración de una causal y por lo tanto, no exime a la entidad de solicitar el permiso judicial previo.

Esta nueva tesis se reiteraría en otro proceso instaurado por varias personas despedidas del Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander. En esta oportunidad los actores alegaban estar amparados por la garantía del fuero sindical que se desconoció al haber sido despedidos sin autorización judicial. En esta oportunidad para la Corte ya era claro:

“en los casos de supresión de una entidad estatal no resulta viable la acción de reintegro por sustracción de materia, a menos que la entidad suprimida sea sustituida por otra que comporte los mismos propósitos y funciones de la anterior. Evento en el cual la antigua planta de personal apenas si experimentaría una novedad que no implica solución de continuidad en la existencia de los cargos o empleos, sin perjuicio del cambio de denominación que pueda darse sobre los mismos. Por contraste, en los casos de simple reestructuración o modificación de plantas de personal el retiro de los servidores públicos aforados deberá ajustarse a las reglas del C.P.L., es decir, a la previa autorización del juez del trabajo, siendo por tanto procedente la acción de reintegro en los términos de ley.”¹⁸⁰

Los fallos de 2001, sin duda, se fundan en un criterio garantista que busca defender la autonomía de la autorización judicial previa a la terminación de un contrato de trabajo. La sub-regla que se desprende de estos pronunciamientos está encaminada a preservar la intervención de la judicatura antes de

cuenta la existencia o no de autorización judicial para la supresión del cargo ejercido por el trabajador aforado.

180 CConst T-1189/01 J. Araújo. En esta oportunidad la Corte no ordenó el reintegro por “sustracción de materia”.

que se produzca el despido de un trabajador aforado. La participación del juez tiene aquí el propósito de evitar la terminación sin justa causa del vínculo laboral. Esta decisión, que debe tomarse de acuerdo con la Constitución y las leyes vigentes en la materia, evitaría, la iniciación de un proceso de reintegro.

3.3. Tercera fase: de vuelta al principio

Durante los años 2002 y 2003 la Corte cambia –nuevamente– el rumbo de su jurisprudencia para rescatar la sub-regla establecida en el fallo del año 95. En consecuencia, en las acciones de tutela proferidas en esta época la Corporación señala que “cuando se trata de suprimir empleos a raíz de un proceso de reestructuración, es innecesario solicitar el levantamiento del [fuero sindical]”.¹⁸¹ En dicha oportunidad la Corte aceptó la necesidad de racionalización del gasto como argumento válido para la supresión de determinados cargos dentro de la estructura administrativa de la Universidad de Magdalena. Para la Corte dicha decisión no tenía el propósito de atentar contra la existencia de un sindicato de trabajadores que prestan su servicio al ente educativo.¹⁸² La razón que sustenta este argumento se reiteraría luego cuando la Corte señala que “[e]n principio, los procesos de reestructuración de las entidades públicas no constituyen una restricción ilegítima al derecho de asociación sindical, en la medida en que, con ellos, no se persigue la reducción de la planta de personal a fin de impedir la constitución de un sindicato de trabajadores, ni se tiene el propósito de que este último incurra en una causal de disolución por quedar reducido a un número inferior a 25 afiliados”.¹⁸³ Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, “resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente.”¹⁸⁴

Finalmente, y dentro de esta misma lógica, la Corte Constitucional señalaría que los procesos de reestructuración, pueden tener distintas intensidades y, así, “pueden limitarse a una simple reordenación de las funciones internas de una entidad pública o llegar al extremo de suprimir total

¹⁸¹ CConst T-575/02 R. Escobar.

¹⁸² Ibid. ver también: CConst T/77/03 R. Escobar

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

o parcialmente algunas de las funciones”.¹⁸⁵ Las decisiones en esta materia tienen, desde luego, efectos diversos frente a los trabajadores y, por consiguiente, sobre los sindicatos a los cuales pueden estar afiliados. Ahora bien: dado que los procesos de reestructuración suponen, entre las muchas opciones, la posibilidad de suprimir cargos y, por ende, despedir personal, “resulta natural a tales procesos la afectación de los sindicatos, pues su fortaleza -y, claro está, su existencia- dependen del número de trabajadores afiliados. Ello lleva a una pregunta ineludible: ¿violan los procesos de reestructuración el derecho de asociación sindical? La respuesta ha de ser negativa.”¹⁸⁶ De esta forma se resolvía un caso en el que la Corte negaba la existencia de una vía de hecho por parte de un juez que había denegado el reintegro de un grupo de dirigentes sindicales despedidos como resultado de un proceso de reestructuración administrativa.

3.4 Cuarta fase: de 2003 al presente

La Corte volvería a cambiar el rumbo de la jurisprudencia. Hacia 2004 se puede verificar que las distintas Salas de Revisión de la Corte, incluida una de las que había fallado los procesos durante los años 2002 y 2003,¹⁸⁷ volvieron a reafirmar la postura, según la cual, en aquellos casos en los que se reestructure o se liquide una entidad pública se requiere el permiso judicial previo para desvincular a servidores beneficiados por el fuero sindical. Así se decidió en las sentencias T-029 de 2004¹⁸⁸, T-203 de 2004¹⁸⁹, T-205 de 2004¹⁹⁰, T-253 de 2005¹⁹¹, T-323 de 2005¹⁹²,

¹⁸⁵ CConst T-426/03 J. Araújo.

¹⁸⁶ Ibid

¹⁸⁷ Cfr., CConst T-732/06 M. Cepeda.

¹⁸⁸ CConst. T-029/04 A. Tafúr. El proceso resolvió una demanda instaurada por una dirigente sindical del IDEMA, que fue despedida dentro del proceso de liquidación de la entidad, sin contar con la respectiva autorización judicial.

¹⁸⁹ CConst. T-203/04 C. Vargas. El fallo giró alrededor del despido de varios dirigentes del Sindicato de Trabajadores y Empleados de la Salud del Magdalena “SINTRASMAG” que fueron despedidos del hospital en el que trabajaban en el marco de un proceso de reestructuración administrativa, sin el debido permiso judicial.

¹⁹⁰ CConst. T-205/04 C. Vargas El proceso versó sobre un conjunto de servidores públicos del municipio de Buenaventura, varios de ellos protegidos con el fuero sindical, que fueron despedidos durante un proceso de reestructuración administrativa, sin solicitar la autorización judicial respectiva.

¹⁹¹ CConst. T-253 de 2005 J. Araújo. El proceso fue instaurado por un directivo sindical de la Empresa de Licores del Huila, cubierto por el fuero sindical, que fue despedido sin autorización judicial dentro del proceso de liquidación de la empresa.

¹⁹² CConst. T-323/05 H. Sierra. El proceso fue instaurado por un dirigente sindical de la Caja Agraria que estaba cubierto por la garantía del fuero sindical y fue despedido durante el proceso de liquidación, sin contar con autorización judicial.

T-330 de 2005¹⁹³ y T-1108 de 2005.¹⁹⁴ Lo importante de esta constatación es que permitió, en 2006, hacer referencia expresa a un criterio unificado para la solución del problema jurídico objeto de estudio.¹⁹⁵ Para el efecto, la Corte tuvo que reconocer expresamente que “desde mediados del año 2003 la jurisprudencia de esta Corporación ha sido terminante y consistente en aseverar que en los procesos de reestructuración o liquidación de las entidades públicas se requiere de la autorización judicial para desvincular a servidores públicos que estén amparados por el fuero sindical”.¹⁹⁶ Para la Sala de Revisión una precisión como esta resultaba necesaria, “puesto que constantemente llegan a la Corte procesos de tutela en los que la administración es demandada por dirigentes sindicales que, a pesar de poseer la garantía foral, fueron retirados de la administración sin contar con permiso judicial”.¹⁹⁷ En estos eventos resulta claro que lo mínimo a lo que aspiran los demandantes y los jueces de la jurisdicción constitucional es a contar con un criterio unificado que permita brindar un trato igual a casos idénticos.

Para la Corte es claro, entonces, que los despidos de trabajadores amparados con la garantía foral, sin la debida autorización judicial, “perjudican tanto al trabajador como a la administración”.¹⁹⁸ Los trabajadores se ven perjudicados en la medida en que pierden su vinculación laboral y entran en una prolongada etapa de incertidumbre mientras se deciden los procesos judiciales encargados de verificar la legalidad de su despido. La administración, por otro lado, “tiene que afrontar esos procesos y es condenada frecuentemente a pagar indemnizaciones muy altas”.¹⁹⁹ Nada de esto ocurriría, desde luego, si la administración acudiera

193 CConst. T-330/05 H. Sierra. La acción de tutela fue presentada por un trabajador del IDEMA, que, a pesar de gozar del fuero sindical, fue despedido en el marco de liquidación de la entidad, sin contar con el concepto favorable de la justicia.

194 CConst. 1108/05 H. Sierra. El proceso fue entablado por un servidor aforado del municipio de Itagüi que fue desvinculado de la entidad en desarrollo de un proceso de reestructuración sin contar con la autorización judicial.

195 CConst. T-732/06 M. Cepeda. Así la Corte resolvía el caso de una acción de tutela interpuesta por varios dirigentes del sindicato de trabajadores de la regional del Ministerio de la Protección Social en el Casanare, interpuesta contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal. Esta sentencia negó, en segunda instancia, la procedencia del proceso ejecutivo laboral que tenía como propósito ordenar el pago de las acreencias debidas a los accionantes como indemnización por terminación sin justa causa de sus contratos de trabajo y sin contar con la autorización judicial para el efecto.

196 Ibid.

197 Ibid.

198 Ibid.

199 Ibid.

a la justicia laboral para solicitar el levantamiento del fuero, “un proceso de corta duración, de conformidad con las normas vigentes”.²⁰⁰

Para lograr este objetivo, en la citada sentencia se hace un recuento de las reglas jurisprudenciales que ayudan a unificar el campo de decisión en la materia:

“1. En los casos en los que se reestructure una entidad estatal es necesario solicitar el permiso judicial respectivo para poder proceder a retirar empleados amparados con el fuero sindical.

“2. Tal como se ha definido a partir de la Sentencia T-731 de 2001, en aquellos casos en los que, en el marco de un proceso de reestructuración, la Administración no ha solicitado el permiso judicial respectivo y los servidores públicos instauran un proceso especial de reintegro por violación del fuero sindical, el juez laboral tiene que concentrar su análisis en determinar si los demandantes gozan del fuero sindical y si la Administración solicitó el permiso judicial para retirarlos. Si el juez laboral encuentra que la Administración desvinculó a servidores públicos protegidos por el fuero sindical, sin contar con el permiso judicial correspondiente, deberá ordenar su reintegro, sin entrar a considerar si existían fundamentos para proceder al retiro de los trabajadores.

“3. La Administración no puede *motu proprio* declarar que la sentencia de reintegro es imposible de cumplir. Si la Administración considera que no puede dar cumplimiento a la orden de reintegro deberá entablar, dentro de un término máximo de dos (2) semanas a partir de la notificación de la sentencia, un proceso laboral ordinario en el que, con comparecencia de los trabajadores afectados, habrá de solicitarle al juez que declare que no puede hacer efectiva la orden de reincorporación y que, en consecuencia, fije la indemnización debida.

“4. Si [el empleador] no presenta la demanda ordinaria respectiva dentro del término establecido deberá proceder a reintegrar a los actores en la

200 Ibid.

planta de personal, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo para la presentación de la demanda laboral.

"5. En aquellos casos en los que la Administración sea condenada por el despido sin permiso judicial de servidores amparados por el fuero sindical, el juez respectivo notificará de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que ella establezca si existen responsabilidades disciplinarias y si debe proceder a iniciar procesos de repetición."²⁰¹

²⁰¹ Ibid.

4. CONCLUSIONES

Unas de las herramientas básicas de la administración pública contemporánea se expresa en la capacidad de remodelar y ajustar el diseño institucional de las ramas de la función pública con el propósito de responder eficazmente a las necesidades del servicio que prestan. Estos procesos de reestructuración se concretan en la creación, fusión, escisión, supresión y reorganización de los entes a través de los cuales el Estado logra el cumplimiento de su misión definida en la Constitución y las leyes.

Con frecuencia, las decisiones en esta materia crean una tensión entre el interés general que la reestructuración administrativa quiere proteger y el interés particular de los funcionarios que pueden verse afectados por los reacomodamientos institucionales. En casos particulares, como el de los miembros de sindicatos que gozan de fuero sindical, lo que está en juego no es sólo el bienestar personal sino la posibilidad misma de representar los trabajadores ante el empleador.

Por esta razón, en el derecho se encuentran diversos procedimientos encaminados a proteger la estabilidad de los empleados, particularmente, la de aquellos que están comprometidos con la defensa de los intereses de los trabajadores asumiendo la dirección o liderazgo de las asociaciones sindicales. En este capítulo se ha prestado especial atención a la solicitud de autorización previa para proceder al despido de un trabajador aforado en el marco de un proceso de reestructuración de la administración. Para el efecto, las páginas anteriores resumen la doctrina constitucional que da respuesta al siguiente problema jurídico: en el marco de procesos de reestructuración administrativa ¿es necesaria la autorización judicial previa para proceder a despedir trabajadores aforados?

Al revisar la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en esta materia rápidamente se pueden identificar dos tendencias. De acuerdo con la primera, no es necesario obtener la autorización de un juez para despedir a un trabajador protegido por el fuero sindical. Esta postura se sustenta en tres razones principales. La primera de ellas es de carácter procesal y señala

que, de acuerdo con la Ley 362 de 1997,²⁰² resulta claro que la jurisdicción laboral es la competente para conocer de los conflictos que se susciten por razón del fuero sindical de los empleados públicos. Así, se han desestimado algunas demandas que buscan, a través de la acción de tutela, sustituir a la jurisdicción laboral ordinaria. En segundo lugar, el Tribunal ha señalado que en los casos de reestructuración administrativa el interés general está por encima del interés particular de los trabajadores, incluso los sindicalizados. En consecuencia, la reorganización de las entidades públicas no puede interpretarse como una forma de persecución de la clase trabajadora, sino como una acción a favor de la mayoría de ciudadanos. Finalmente, y en sintonía con el argumento anterior, la Corte ha señalado que el fuero sindical no es un derecho absoluto en la medida en que está supeditado a la prevalencia del interés colectivo.

La segunda tendencia jurisprudencial, actualmente vigente, defiende la necesidad de contar con la autorización judicial previa para proceder a despedir a un trabajador aforado que hace parte de un proceso de reestructuración administrativa. El fundamento de esta posición se encuentra en la necesidad de controlar el poder de la autoridad que adelanta una reforma institucional limitando su capacidad para definir, sin más, la justa causa por la que da terminado un contrato de trabajo. En este evento, la participación del juez es vista como una medida que sirve de contrapeso a la administración obligándola a sustentar con toda claridad las decisiones que toma. Al mismo tiempo, una medida de esta naturaleza intenta frenar la posibilidad de que los procesos de reestructuración sean utilizados como una excusa formal para desajustar y debilitar las organizaciones sindicales.

202 "Por la cual se modifica el artículo 2º del Código Procesal de Trabajo y se dictan normas en materia de competencia en materia laboral."

SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL PARA CONOCER DE ACCIONES LABORALES INTERPUESTAS CONTRA AGENTES Y MISIONES DIPLOMÁTICAS EXTRANJERAS

Ensayo elaborado a partir de los trabajos de investigación identificados con los números 10269051 y 46681028 presentados en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

A lo largo de la historia, los pueblos han establecido diversas maneras de relacionarse entre sí. A partir de prácticas que con el tiempo se han ido formalizando, desde antiguo los pueblos de todas las naciones han reconocido "el estatuto de los funcionarios diplomáticos."²⁰³ El propósito que anima dicho reconocimiento se funda en la intención de reconocer la soberanía de los Estados –desde las antiguas ciudades-estado griegas hasta los Estados-nación que se consolidaron en la modernidad–, garantizar la paz y fomentar las relaciones de cooperación entre las naciones. Así, la diplomacia se convirtió en un campo diferenciado del derecho internacional que se encarga de regular las prácticas, privilegios e inmunidades de los representantes de naciones extranjeras con el propósito de contribuir a la consolidación de relaciones amistosas entre las naciones a pesar de las diferencias culturales y sociales que caracterizan a cada pueblo, y de la existencia de normas constitucionales y legales diversas. En consecuencia, hoy en día, la diplomacia es la forma usual y más civilizada de ejercer la política exterior, entendida como la defensa y promoción de los intereses nacionales en el exterior.

203 Convención de Viena sobre relaciones consulares, Considerando 1.

Una de las características distintivas del derecho diplomático contemporáneo es que las inmunidades y privilegios que rodean la acción de los representantes de una nación extranjera en el país receptor se conceden, no en beneficio de las personas, sino “con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.”²⁰⁴ El Artículo 3 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas –que entró en vigor el 24 de abril de 1964 y fue integrada a la legislación colombiana mediante la Ley 6 de 1972– señala que:

“[l]as funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:
a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.”²⁰⁵

Respecto al principio de inmunidad diplomática se entiende que los agentes del Estado acreditante no están sometidos a la jurisdicción del país receptor. Sin embargo, este no es un principio universal que cubre, indistintamente, todos los actos de un funcionario diplomático. Al respecto, el Artículo 31 de la Convención de Viena establece:

“El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamen-

²⁰⁴ Ibid., Considerando 3

²⁰⁵ Ibid, Artículo 3.

tario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.”

Desde el punto de vista operativo, es obvio que en las misiones diplomáticas trabajan funcionarios del país acreditante. Sin embargo, para garantizar su buen funcionamiento, dichas misiones, con frecuencia, contratan a nacionales o residentes en el país receptor. Es común, entonces, que en las misiones diplomáticas establecidas en Colombia laboren ciudadanos colombianos o residentes en el país que muchas veces son vinculados por medio de un contrato laboral. Como resultado de este vínculo es posible que entre el empleador y el empleado surjan divergencias respecto del cumplimiento de dichos acuerdos. El problema jurídico que se aborda en este capítulo guarda relación, precisamente, con las discrepancias existentes entre el empleador —representado por el funcionario jefe de la misión diplomática del país acreditante— y el empleado —el colombiano que presta sus servicios en dicha misión diplomática— en desarrollo de la relación laboral de la que hacen parte.

El problema jurídico objeto de análisis se expresa en la siguiente pregunta: ¿la jurisdicción laboral nacional es competente para conocer y tramitar las acciones laborales interpuestas contra agentes o misiones diplomáticas extranjeras acreditadas en Colombia? A continuación la representación gráfica de la línea jurisprudencial que muestra la manera como la Corte Suprema de Justicia, específicamente su Sala Laboral, ha dado respuesta a este problema jurídico.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La jurisdicción laboral nacional es competente para conocer y tramitar las acciones laborales interpuestas contra agentes o misiones diplomáticas extranjeras acreditadas en Colombia?

TESIS A

La jurisdicción laboral no es competente para conocer este tipo de casos.

				CSJust Lab, 09-07-1986 N. Camacho, Rodríguez
CSJust Lab, 02-07-1987 J. Hernández			→	S.V. J.I. Palacios
CSJust Lab, 05-06-1997 Jl Palacios			→	S.V. J.I. Palacios
CSJust Lab, 15-04-2005 J. Osorio			→	S.V. E. López
				CSJust Lab, 13-12-2007 C. Tarquino
				CSJust Lab, 13-06-2008 F. Ricaurte
				CSJust Lab, 09-12-2009 E. Cuello
				CSJust Lab, 06-03-2009 L. Osorio
				CSJust Lab, 08-09-2009 E. López

TESIS B

La jurisdicción laboral es competente para conocer este tipo de casos.

Dos características especiales distinguen esta línea: en primer lugar está compuesta, principalmente, por autos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Esto se debe a que el problema jurídico objeto de estudio versa sobre la competencia del órgano judicial para conocer, en casación, de cierto tipo de procesos ordinarios, es decir, si procede o no la revisión del expediente recurrido. En este caso, durante un período considerable, la Corte consideró que no era competente para conocer de los procesos en donde el demandante era un ciudadano colombiano y el demandado era un agente o misión diplomática y, así, lo dejó establecido en dichos autos. En estos eventos, desde luego, no existe una sentencia de fondo que resuelva la litis. Como se verá a continuación esta posición de la Corte cambiaría en el año 2007 cuando la Corte reconoció su competencia para pronunciarse en la materia.

En segundo lugar, los pronunciamientos que identifican los hitos de la línea aluden a casos con supuestos fácticos similares: la demanda presentada por un colombiano que alega que ha sido despedido sin justa causa y, por lo tanto, solicita al juez que ordene al empleador el pago de sus salarios, acreencias laborales e indemnizaciones de conformidad con la legislación colombiana, así como el reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social con ocasión en la omisión en su pago por parte de la misión o agente diplomático accionado.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta línea jurisprudencial se recogen los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1986, año en el que se reporta el antecedente más remoto que resuelve el problema planteado.²⁰⁶ En esa época la Corte reconoció su competencia para conocer de las acciones laborales interpuestas contra las misiones o agentes diplomáticos. Muy pronto, sin embargo, a partir de 1987, y por casi 20 años, la Corte mantuvo firme la posición de rechazar este tipo de demandas basándose en el principio de inmunidad diplomática absoluta. A partir de 2007 y hasta la fecha, la Corte reevaluó su doctrina y aceptó su competencia en la materia. A continuación se presentan las diferentes posiciones de la Corte Suprema de Justicia.

3.1 Primera etapa: la Corte es competente

El primer pronunciamiento de la Corte relacionado con el problema jurídico recién señalado tiene que ver con la demanda interpuesta por un colombiano que laboró al servicio de la Embajada de los Países Bajos en Colombia. En dicho proceso se solicitaba el reconocimiento y protección de los derechos laborales vulnerados a causa de la terminación injustificada, por parte del empleador, del contrato de trabajo. El representante de la embajada solicitó, por su parte, la inadmisión de la demanda con base en el texto del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, que, en su parecer, reconocía la inmunidad absoluta de los agentes diplomáticos.²⁰⁷ Este argumento se apoyaba en el hecho que la expresión “civil” contenida en la norma internacional hacía alusión a todos los asuntos jurídicos de derecho privado que, precisamente, cobijan los asuntos relativos al derecho laboral. Al momento de decidir sobre la admisión del proceso para su revisión en casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia considero que el deman-

206 Sobre el particular es necesario señalar que el período que sirve de base para la reconstrucción de la línea jurisprudencial plantea varios retos al investigador interesado en la materia, pues supone la consulta, a través de reproducciones y la revisión contrastada de archivos, de documentos cuyos originales –al menos es una buena proporción- se perdieron en el holocausto del Palacio del Palacio de Justicia de 1985. Con todo, se ha hecho un esfuerzo por reunir la mayor cantidad de fuentes disponibles que ayudan a entender el tratamiento del tema objeto de estudio por parte del alto Tribunal.

207 Cfr., Convención de Viena sobre relaciones consulares, Artículo 31, inciso 1.

dado no podía escudarse en el principio de inmunidad diplomática absoluta por cuanto la Convención de Viena, en el referido Artículo 31, consagró la inmunidad de los agentes diplomáticos en relación *únicamente* con la jurisdicción penal, la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa. De acuerdo con una interpretación restrictiva de la norma, para los jueces resultaba claro que la jurisdicción laboral quedaba expresamente excluida del ámbito de aplicación del principio de inmunidad. En palabras de la Corte:

“Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con una regla universal de lógica jurídica, las excepciones (a lo cual equivale la exención o inmunidad) deben ser expresas y taxativas, y están sujetas a la interpretación restrictiva. Entonces, si la citada Convención de Viena hubiese querido consagrar la inmunidad diplomática en relación con la jurisdicción laboral o del trabajo, así lo hubiera consagrado expresamente”.²⁰⁸

La interpretación lógica del Convenio que adopta la Sala -y que, en consecuencia, la autorizaba a conocer del caso-, se vincula, además, con lo establecido por la legislación laboral interna. En efecto, el Artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo señala que “[dicho código] rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración de su nacionalidad.”²⁰⁹ De este modo, la Corte defendía la autonomía de la jurisdicción laboral, establecía sus límites y resolvía que: “teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las normas de derecho internacional aplicables, no se encuentra razón alguna para excluir al demandado en este caso de la jurisdicción colombiana.”²¹⁰

3.2 Veinte años de doctrina: la Corte no es competente

En 1987 la Sala Laboral cambió su jurisprudencia y estableció que los agentes diplomáticos en Colombia gozaban de inmunidad absoluta. Esta nueva doctrina se apoyaba en el significado propio de una palabra del artículo 31 de la Convención de Viena. El caso objeto de estudio versaba sobre la demanda interpuesta por un colombiano contra la Embajada de los Estados Unidos de América, representada por su embajador Charles Guillespie, que

208 C.S.J. Laboral 9/Jul/86 e11685 Auto. N. Camacho Rodríguez.

209 Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 2.

210 C.S.J. Laboral 9/Jul/86 e11685 Auto. N. Camacho Rodríguez.

había sido despedido sin que existiera justa causa alguna. La Corte rechazó la demanda interpuesta al considerar que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad frente a toda especie de litigios entre particulares sean mercantiles, laborales o civiles. En esta ocasión, se señaló que cuando en el artículo 31 de la Convención de Viena se hace referencia a la jurisdicción *civil* “no es para restringir [dicho término] al ámbito exclusivo de ese derecho sino para diferenciar la rama de la justicia que dirime los conflictos e intereses que se presentan dentro del ámbito de las leyes que regulan las conductas reciprocas de los habitantes del país en el aspecto patrimonial y del estado civil de las personas, de aquellas otras ramas de la justicia que tienen a su cargo reprimir los delitos o juzgar sobre la validez de los actos o hechos de la Administración Pública.”²¹¹

En esta oportunidad, el magistrado Jorge Iván Palacio manifestó su desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala y, en su salvamento de voto, señaló que el derecho laboral goza de plena autonomía como disciplina jurídica. Por esta razón, nada impide al Estado colombiano conocer de dichas demandas, pues el ejercicio de la jurisdicción laboral no está taxativamente consagrada como tal en el artículo 31 de la Convención de Viena. En los años siguientes, el magistrado Palacio salvaría sistemáticamente su voto en casos similares, pues consideraba que al rechazar *in limine* estas demandas se dejaba al ciudadano colombiano “en condiciones de desamparo y en pie de desigualdad con el resto de los habitantes del territorio nacional.”

²¹² En estos casos, continúa el argumento, el Estado colombiano debería asumir el reconocimiento de estos derechos y, luego, repetir lo pagado en caso de condena ante el Estado acreditante por la vía diplomática.²¹³

En casos posteriores, durante casi 20 años, la Corte mantuvo la doctrina adoptada en 1987.²¹⁴ Dentro de este grupo de autos puede citarse, a manera de ejemplo, un caso estudiado por el alto Tribunal en 1997²¹⁵ en el cual una ciudadana colombiana presentó demanda contra la Embajada de la República de Corea, representada por su embajador Joung Soo Lee. En esa ocasión se solicitaba el reintegro al cargo de empleada de servicio doméstico junto con el pago de los salarios y prestaciones legales causados entre la fecha del despido

²¹¹ CSJ Laboral e1424 Auto 2/Jul/1987 J.I. Palacios.

²¹² Ibid.,

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Pueden consultarse, a manera de ejemplo, los siguientes autos:

²¹⁵ CSJ Laboral 22/Jul/1987 e10009 J.I. Palacio.

injusto y la del efectivo reintegro.²¹⁶ La Corte decidió “rechazar *in limine*” la demanda por carecer de jurisdicción. Siguiendo la doctrina establecida se consideró que de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena los agentes diplomáticos gozan de inmunidad en el Estado receptor por la comisión de actos de competencia de la jurisdicción penal, civil y administrativa.²¹⁷ Esta regla general solo admite tres excepciones en casos específicos: (i.) en primer lugar, cuando se trate de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;²¹⁸ (ii.) en segundo lugar, cuando se trata de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;²¹⁹ y, finalmente, (iii.) cuando se trate de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.²²⁰ Como se aprecia, dentro de esas excepciones no se hace referencia alguna a asuntos de carácter laboral que, por lo tanto, quedan sujetos a la jurisdicción del país acreditante. En palabras de la Corte:

“Significa lo anterior que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas deja por fuera de la jurisdicción del Estado receptor todos los actos o los hechos del agente diplomático que éste ejecute por razón de sus funciones oficiales, los cuales están sujetos a la jurisdicción del Estado acreditante; y dado que el acto por el cual se pretende llamar a juicio a la embajada de la República de Corea no aparece incluido en algunas de las excepciones taxativamente previstas por el Derecho Internacional, se impone rechazar *in limine* la demanda.”²²¹

No obstante, la Corte era consciente de que, en la práctica, la aplicación de una regla como esta podría dejar desprotegidos los derechos del trabajador, pues, de acuerdo con el contexto del caso, en esta

216 Ibid. Para el efecto, la demandante solicitaba la declaración de no solución de continuidad en la relación laboral; o, en subsidio, que se le pague la pensión sanción y la pensión vitalicia de jubilación (por no haber sido afiliada al I.S.S.).

217 Aquí, nuevamente, se asume que los conflictos laborales quedaban subsumidos bajo la jurisdicción civil a la que se refiere la norma citada.

218 Cfr. Convención de Viena sobre asuntos consulares, Artículo 31.

219 Ibid.

220 Ibid.

221 CSJ Laboral 22/Jul/1987 e10009 J.I. Palacios.

oportunidad las puertas de la jurisdicción nacional se le cerraban a una empleada del servicio doméstico que pretendía defender sus intereses. Por esa razón, por primera vez, el auto de rechazo del recurso recogía una preocupación latente entre algunos magistrados:

“interesa anotar que no debe entenderse esta decisión en el sentido de quedarle totalmente cerradas las vías jurídicas a la demandante, sino que por mandato de la Constitución Nacional, y por no ser éste uno de los casos previstos por el Derecho Internacional en los que la Corte Suprema de Justicia puede conocer de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados en Colombia, tiene la interesada que acudir a los mecanismos de solución de conflictos contemplados en el Derecho Internacional y en nuestro ordenamiento legal, entre los cuales se cuenta la reclamación diplomática por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores”.²²²

Alrededor de 2005, un nuevo magistrado, Eduardo López Villegas, empezaría a salvar su voto en casos que tenían que ver con la definición de la competencia de la corte en procesos como los ya referidos.²²³ Con fundamento en los desarrollos del derecho internacional en la materia, especialmente la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes, de diciembre de 2004, López sostuvo que se debe diferenciar entre la inmunidad jurisdiccional de los representantes de los Estados y la inmunidad jurisdiccional de los Estados. La primera surge de la misma función diplomática, mientras que la segunda “responde a la necesidad práctica de protección de las personas de los representantes en razón del principio de la igualdad soberana de los Estados (...)”.²²⁴ La Corte en esta oportunidad debía estudiar el caso de una empleada que demandaba a la Embajada del Reino de Marruecos, representada por Mohamed Khattaby, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo suscrito entre las partes terminado unilateralmente, y sin justa causa, por el empleador.

Para el magistrado disidente era claro que la vinculación laboral hacía parte de los llamados actos *iure gestionis*, es decir “aquel tipo de

222 Ibid. En esta oportunidad, el Magistrado Jorge Iván Palacios vuelva a salvar su voto y reitera las ya referidas razones por las que se aparta de la decisión de la mayoría.

223 Véase por ejemplo: CJS Laboral, 14/abr/2005 e25680; CJS Laboral 15/abr/2005 e26159; CJS Laboral 13/sep/2006 e25810.

224 Cfr. CJS Laboral, CJS Laboral 15/abr/2005 e26159.

actuaciones civiles, comerciales, o laborales en las que el Estado se comporta como un particular más.”²²⁵ Por lo tanto, “no debió abstenerse la Sala de aceptar el llamamiento al proceso al Reino de Marruecos.”²²⁶

3.3. Cambio de jurisprudencia: la Corte es competente

En el año 2007,²²⁷ la Corte tuvo que decidir un caso en el cual una ciudadana colombiana instauró demanda contra la Embajada del Líbano en Colombia, representada por el Señor Embajador Munir Khreich, para que fuera condenada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.²²⁸ Con ocasión de este proceso la corte tendría la posibilidad de cambiar su jurisprudencia. Allí se precisó que el criterio aplicado hasta ahora en los procesos que versan sobre demandas y trámites laborales contra embajadas de países extranjeros en Colombia se inclina hacia la inadmisión del proceso. Para el efecto, como ya se sabe, el Tribunal había aplicado la regla según la cual, las excepciones deben ser expresas y taxativas.

En esta oportunidad, sin embargo, la Corte estimó que el derecho laboral es una rama autónoma del derecho –argumento que recuerda al auto, ya referido, de 1986-, lo cual no podía haber sido ignorado por los redactores de la Convención, pretendiendo asimilar esta rama del derecho a la jurisdicción civil. Así mismo, la Corte resaltó que la protección al trabajo es plenamente reconocida tanto en el derecho internacional como en la Constitución Política, pues, “en verdad, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se construyó la tesis jurisprudencial respecto del carácter fundamental del derecho al trabajo como atributo inalienable de la personalidad jurídica, y como factor preponderante en el desarrollo del individuo y de la sociedad, dentro del marco del Estado Social de Derecho.”²²⁹ En este sentido, para la Corte no resultaba apropiado desconocer los derechos de los trabajadores “con grave menoscabo en su condición humana y con afectación a la credibilidad que la sociedad debe tener en la justicia que, en últimas, es la

225 Ibid.

226 Ibid.

227 CSJ Laboral 13/dic/07 e32095 C.Tarquino.

228 Adicionalmente se pedía el pago de las mesadas pensionales causadas pero no pagadas desde la fecha del despido y hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas como consecuencia de no haber sido afiliada al sistema general de pensiones y por no pagar los aportes respectivos

229 CSJ Laboral 13/dic/07 e32095 C.Tarquino.

encargada de dirimir las controversias, sin distinción alguna, como lo pregona al unísono la comunidad internacional.”²³⁰

La nueva postura de la Corte señala que de aceptarse una tesis de inmunidad absoluta el nacional o residente en Colombia estaría en una situación de desigualdad y desventaja por cuanto no podría obtener respuesta a sus demandas dentro del ordenamiento interno. De acuerdo con lo anterior, se estableció que la Corte tiene competencia para dirimir los conflictos laborales surgidos entre un nacional o residente en Colombia contra una misión extranjera acreditada en el país. Para el efecto, se recordó que, de acuerdo con el numeral 5 del Artículo 235 Superior, que señala las funciones de la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal le corresponde “[c]onocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional.”²³¹ Así,

“[e]s incuestionable que cuando el ordenamiento superior, impone el conocimiento a esta Corporación, como textualmente lo prevé [el Artículo 235 C.P.], debe entenderse que dentro de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país, ya comparezcan por sí o por representación del Estado, están incluidos los contratos bilaterales de orden laboral que celebran con habitantes nacionales, para la ejecución de sus fines en el Estado receptor; de tal manera, entonces, que esta Corte, por regulación expresa constitucional, está en la obligación de admitir la demanda presentada por la [peticionaria] y darle el curso correspondiente; además, porque al hacerlo se armoniza la decisión con la costumbre internacional.”²³²

Esta nueva tesis jurisprudencial es la que se encuentra vigente y ha sido reiterada en varias oportunidades.²³³

²³⁰ Ibid.

²³¹ Cfr. Artículo 235 C.P.

²³² CSJ Laboral 13/dic/07 e32095 C.Tarquino.

²³³ Ver, por ejemplo, CSJ Laboral 13/jun/2008 e35546; CSJ Laboral 9/dic/2008 e38247; CSJ Laboral 6/mar/2009 e38895; CSJ Laboral 8/sep/2009 e41504.

4. CONCLUSIONES

En el mundo contemporáneo las relaciones entre los Estados se rigen por una serie de normas que suponen un proceso de integración entre el derecho internacional y el derecho doméstico. En este capítulo se ha hecho referencia a un aspecto operativo de vital importancia para el desarrollo de relaciones pacíficas y productivas entre Estados. En efecto, el derecho consular se ha encargado de establecer reglas específicas encaminadas a fomentar las relaciones entre naciones, proteger los intereses del Estado acreditante en el Estado receptor, permitir el desarrollo del comercio internacional; establecer las condiciones que faciliten el intercambio de información para impulsar procesos de cooperación y, finalmente, desarrollar vínculos económicos, culturales y científicos entre estados. Para que esto sea posible se ha prestado especial atención a la definición de las cláusulas de responsabilidad y el consiguiente régimen de inmunidades aplicable a los agentes consulares. En el caso Colombiano, la puesta en marcha de este sistema normativo ha originado una serie de debates respecto de la forma de interpretar y hacer operativas normas de origen nacional e internacional.

Una de esos debates incide directamente en el funcionamiento de la jurisdicción laboral en Colombia. Se trata de una discusión que tiene que ver con la competencia de la justicia nacional para conocer de los conflictos laborales entre nacionales o residentes en Colombia –en calidad de empleados- y el agente o misión consular de un país determinado –que actúa como empleador-. El primer antecedente esta materia (de 1986) defendió la autonomía del derecho laboral interno como rama independiente del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, limitó la aplicación del régimen de inmunidad de los agentes consulares a asuntos que tengan que ver, taxativamente, con la jurisdicción administrativa, civil y penal a las que se refiere puntualmente el Artículo 31 de la Convención de Viena. De acuerdo con esta interpretación la Corte era competente para dictar una sentencia de fondo dicho caso.

Poco tiempo después (en 1987) la Corte cambiaría su doctrina de la mano de una nueva interpretación, según la cual, el régimen de inmunidades establecido en el Artículo 31 de la Convención de Viena comprendía

también a la jurisdicción laboral. A esta conclusión se arribó luego de señalar que la referencia que se hace en Artículo 31 de la Convención a la jurisdicción civil o común comprendía todas las disputas relacionadas con el cumplimiento de los contratos de trabajo. Aunque esta postura fue criticada en varios de voto que añoraban la regla consagrada en 1986, lo cierto es que esta doctrina estuvo vigente por cerca de veinte años.

Sin embargo, los tiempos de cambio volverían a soplar en la Corte. Este Tribunal reconsideró su doctrina (en 2007) y estableció que la jurisdicción laboral tiene una identidad autónoma que a los redactores de la Convención de Viena no se les podía haber pasado por alto. Tal interpretación, además, resultaba concordante con lo dispuesto en la Constitución Política, especialmente preocupada por la protección de los derechos de los trabajadores (v.g., artículos 1, 25, 53 CP, entre otros), e interesada, de manera expresa, por que fuera la propia Corte Suprema de Justicia quien conociera de los negocios contenciosos de los agentes consulares acreditados en el país. Dentro de estos negocios deben contarse, desde luego, todos aquellos originados en la relación de trabajo.

