

La Interpretación y discrecionalidad del Juez en el derecho laboral en los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**La Interpretación y discrecionalidad del Juez en el derecho laboral en
los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia**

Sara Rincón Medina
Natalia Restrepo Gómez

Asesor: Juan Camilo Pulgarín
Septiembre 2021

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

RESUMEN

Esta monografía abordará los problemas prácticos para el juez, al momento de acudir a las fuentes del derecho para proferir sentencias. Desafortunadamente, con frecuencia se emiten sentencias fundamentadas ampliamente en la norma pero que, en la práctica, perpetúan situaciones desequilibradas, no ofrecen verdadera justicia material.

En el área laboral, los jueces no solo deben obedecer a la ley, sino también a otros parámetros, algunos de tipo constitucional (como proteger a los más vulnerables o aplicar el precedente para garantizar igualdad), otros propios del derecho laboral (preservar los derechos irrenunciables, fallar ultra y extra petita, acudir a la convención colectiva como fuente formal, aplicar el principio de favorabilidad en caso de dudas y proteger las expectativas legítimas en materia de seguridad social)

Finalmente, se traen ejemplos de tres casos en los que los jueces, aunque aplicaron la ley, desconocieron derechos laborales; mostrando su desarrollo y modificación por jueces constitucionales.

Palabras clave: Interpretación, precedente, Constitucionalización, juez laboral, justicia material.

ABSTRACT

This monograph will study some practical problems for the judge, when choosing the sources of law to pronounce sentences. Unfortunately, They often issue rulings based largely on the law but, in practice, perpetuate unbalanced situations, do not offer true material justice.

Judges in labour law must not only obey the law, but also other parameters, some of constitutional type (like protecting the most vulnerable or applying the precedent to guarantee equality) another parameters, own of labour law (to preserve inalienable rights, rule ultra and extra petita, resort to collective bargaining as a formal source, apply the principle of favourability in case of doubt and to protect legitimate expectations on social security law)

Finally, examples are provided of three cases in which judges, although applying the law, ignored labour rights; showing their development and modification by constitutional judges.

Keywords: Interpretation, precedent, Constitutionalization, labor judge, material justice

Índice Temático

| | |
|---|----|
| Introducción | 7 |
| Capítulo I. Tensiones en los criterios interpretativos del juez | 11 |
| 1.1. La jurisprudencia conceptual deductiva..... | 12 |
| 1.2. El activismo judicial | 14 |
| 1.3. Problemas prácticos para realizar interpretaciones judiciales..... | 17 |
| Capítulo II. Los límites interpretativos del juez laboral. | 20 |
| 2.1. Límites generales a la interpretación judicial..... | 20 |
| 2.1.a. <i>Respetar el precedente para garantizar la igualdad.</i> | 20 |
| 2.1.b. <i>Proteger a la población más vulnerable</i> | 23 |
| 2.2. Límites especiales a la interpretación judicial..... | 24 |
| 2.2.a. <i>Irrenunciabilidad de los derechos laborales.</i> | 24 |
| 2.2.b. <i>Facultades extraordinarias para fallar ultra y extra petita</i> | 26 |
| 2.2.c. <i>La importancia de las convenciones colectivas.</i> | 28 |
| 2.2.d. <i>Principio de favorabilidad</i> | 31 |
| 2.2.e. <i>Condición más beneficiosa.</i> | 32 |
| Capítulo III. Análisis de Jurisprudencia. | 34 |
| 3.1. El valor del principio de igualdad – Caso EMCALI E. S. P..... | 34 |
| 3.2. Tránsito legislativo para no vulnerar expectativas legítimas..... | 36 |
| 3.3. Pensión de sobreviviente en familias de crianza | 40 |
| 3.4. La acción de tutela como mecanismo garantista | 42 |
| Conclusiones | 45 |
| Referencias | 47 |

Listado de tablas

| | |
|--|----|
| Tabla 1. Diferencias entre deductivismo conceptual y activismo judicial | 16 |
| Tabla 2. Reglas para apartarse del precedente | 18 |
| Tabla 3. Tratamiento otorgado a la Convención colectiva | 30 |
| Tabla 4. Procedencia excepcional de tutela contra providencias judiciales | 43 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Administradora de Fondo de Pensiones | AFP |
| Código Sustantivo del Trabajo | CST |
| Consejo de Estado | CE |
| Corte Constitucional | CC |
| Pérdida de la Capacidad Laboral | PCL |
| Sala de Casación Civil | SC |
| Sala de Casación Laboral | SL |

Introducción

En Colombia prevalece el imperio de la ley, razón por la cual los servidores judiciales están sometidos a la aplicación de la norma positiva en un sentido más estricto que amplio, donde se restringe, por así decirlo, la capacidad del juez para considerar o analizar otras variables que la misma norma no contempla y que es necesario tener en cuenta en el momento de la decisión judicial (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 6.)

El orden lógico es que el Congreso expida leyes mientras que los jueces y tribunales apliquen las respectivas leyes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico positivo tiende a quedarse corto ante las diversas situaciones que se presentan; dicho de otra manera, con frecuencia se presentan lagunas, ambigüedades u omisiones en la norma, lo que conlleva a que el juez deba acudir a los criterios auxiliares del derecho: la doctrina, la jurisprudencia y la interpretación, para motivar y sustentar su decisión judicial.

Esta problemática adquirió tal relevancia que tuvo que resolverse mediante mandato constitucional. *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”* (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 230)

Aquel mandato no resuelve la disyuntiva, por el contrario, parece agravar el problema e invisibiliza la importancia que, en muchas ocasiones, adquieren los criterios secundarios, como la interpretación. De esta manera, puede decirse que también se

limita el principio de autonomía judicial, llegando al punto de evitar proferir fallos novedosos o divergentes por el miedo a cometer prevaricato. Una cantidad significativa de jueces se han visto obligados a ajustarse a la literalidad de la norma, para así evitarse una sanción penal y disciplinaria.

Paralelamente, son las altas Cortes las que cuentan con mayor margen de libertad para emitir y variar su jurisprudencia, sin que ello implique arbitrariedad ya que tienen el deber de motivar las decisiones. Sin embargo, esos pronunciamientos de las Cortes han omitido la problemática de los jueces inferiores en cuanto a proferir fallos divergentes. Mucho se habla de la seguridad jurídica, el cual es un valor y un principio del derecho que exige que las normas sean estables en el tiempo, para que los sujetos puedan prever –con un alto margen de probabilidad– la manera en la que fallarán los despachos judiciales. (López, 2006a)

Este es un asunto que adquiere mayor relevancia en materia laboral, ya que los trabajadores tienen unos derechos mínimos e irrenunciables y, por mandato constitucional, las autoridades están obligadas a reconocer (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 53) Entre ellos, los jueces y magistrados. De ahí la excepción legal para proferir fallos extra y ultra petita (Presidencia de la República, 1948, art. 50), contrariando la regla general del principio de congruencia para mantener una especie de neutralidad como tercero supraordenado.

Por todo lo anterior, el siguiente trabajo se propone responder ¿Cuáles son los límites de la interpretación y discrecionalidad del juez al momento de dictar una providencia en materia laboral? Para responderla, se propone como objetivo general

identificar los límites de la interpretación jurídica y discrecionalidad judicial del ordenamiento jurídico, en aras de saber en qué momento los operadores jurídicos pueden apartarse de la literalidad de la norma y a partir de una interpretación creativa, construir nuevo derecho.

Esta Monografía se compone de tres ejes temáticos. En el primero, se abordarán los diversos criterios de interpretación judicial; en el segundo, se enunciarán los límites de autonomía judicial en materia laboral (principio de igualdad, sujetos de especial protección, fallo ultra y extra Petita, derechos irrenunciables, la convención colectiva como fuente formal, principio de favorabilidad y condición más favorable en materia pensional) Finalmente, se analizarán las sentencias laborales proferidas por los jueces de la República, en las que se hayan desconocido derechos por mantener una interpretación literal de la norma.

Esta monografía se circunscribe en la investigación documental, por lo cual se revisarán fuentes legales, jurisprudenciales y dogmáticas; para entender las principales teorías interpretativas, las líneas jurisprudenciales que propenden por una estabilidad jurídica y el marco normativo sancionador para los funcionarios que se aparten de los criterios convencionales.

El tema es de mucho interés ya que resulta fundamental entender los límites entre la novedad y el prevaricato; enriqueciendo así la doctrina que es la que sostiene los pilares de la teoría del derecho y de la práctica judicial, verbigracia, la manera en que los jueces pueden interpretar la ley y emitir sentencias más adecuadas a la realidad.

Entender este tipo de situaciones ayuda a visibilizar el problema de la aplicación de sentencias legales, pero materialmente desfavorables para los trabajadores.

Asumir una postura diferente desde la formación como abogadas, la cual invita a una reflexión sobre otras maneras de proferir decisiones sin que ello implique un desconocimiento de la ley, y así propender por una judicatura más dinámica sin caer en la arbitrariedad. Este problema tiene relevancia práctica en la medida en que se tienden a desconocer derechos laborales por esta limitación, dejando –en la práctica– el sinsabor de no satisfacer al demandante por interpretaciones literales, en lugar de acudir a soluciones más ponderadas.

Finalmente, se tiende a un debate entre la judicatura y el estudiantado para mejorar la práctica judicial, conseguir una consistencia con relación a la argumentación y los fallos judiciales y mejorar la credibilidad social. Es importante comprender que la ley es una fuente fundamental, pero no es la única para cumplir con los fines constitucionales de preservar el orden social y el acceso a la justicia.

Capítulo I. Tensiones en los criterios interpretativos del juez

El derecho se encuentra permeado por diversas corrientes. Algunos sostienen que la ley tiene un rol protagónico y que esta es capaz de sostener todo el ordenamiento jurídico; en consecuencia, el juez es un mero operador jurídico. Otros, por el contrario, afirman el carácter limitado de la ley, siendo la jurisprudencia un criterio importante que entra a suplir lo no dispuesto o regulado por la norma positiva. Esta dicotomía versa también sobre las corrientes interpretativas. Así, para los más positivistas el juez solo tiene permitido hacer una aplicación literal de la ley,¹ mientras que las escuelas más contemporáneas resignifican el papel del juez y la importancia de su criterio al aplicar una decisión (Uprimny y Rodríguez, 2008, p. 115)

En Colombia, si bien prevalece el imperio de la ley y la interpretación literal (Congreso de la República, 1887, art. 27) en los últimos años ha adquirido relevancia la jurisprudencia como fuente generadora de derecho. Dos grandes corrientes parecen anteponerse: por un lado, la exégesis, que no es más que la interpretación literal y limitada de la ley; en contraste, el activismo judicial le da una mayor libertad a los jueces para que sean estos quienes resuelvan los vacíos que las normas puedan tener, bajo la premisa de que la norma no es absoluta ni capaz de regular todos los asuntos de la cotidianidad. (Uprimny y Rodríguez, 2008, p. 75).

¹ Cabe resaltar que, bajo esta corriente, la única entidad facultada para realizar una interpretación auténtica es el Congreso de la República, quien detenta la función legislativa. (Uprimny y Rodríguez, 2008, p. 67) Para el caso colombiano esto ha cambiado ya que la CC también puede realizar una interpretación auténtica de las leyes, por ser la "guardiana" de la Constitución. (López, 2006b, pp. 48-49)

1.1. La jurisprudencia conceptual deductiva

Sus orígenes se remontan al siglo XIX en la Europa continental. Las corrientes positivistas de la época permearon en todas las áreas del conocimiento, incluyendo las humanidades o ciencias sociales. De esta manera, el derecho concebido como ciencia implicó una reflexión hacia el ordenamiento jurídico, destacando la premisa de la supremacía de la ley y la necesidad de *objetivar* la ciencia jurídica.

A nivel judicial, esta corriente posicionó una fórmula para hacer frente a la interpretación y aplicación del derecho por medio de los jueces. Dicha teoría se daba por un estricto sometimiento del juez a la ley, la actividad judicial se pensaba como la subsunción del caso concreto en la norma general. La corriente positivista, en aras de otorgarle al derecho un estatus científico, propuso que tal comportamiento del operador jurídico pudiera ser esquematizado bajo el modelo del silogismo judicial, donde: Premisa mayor = disposición normativa; Premisa menor = hecho fáctico y Consecuencia= sentencia (ya sea condenatoria o absolutoria según se alleguen las pruebas al proceso).

En este contexto, la exégesis según Rodrigo Uprimmy (2012) diferencia la creación del derecho, es decir, la ley y la aplicación deductiva y racional del mismo (sentencia), pues así se logra en un primer momento seguridad jurídica, toda vez que la decisión judicial ya está contenida en aquella norma general que es ya conocida por todos. En este sentido, el juez carece de cualquier rol protagónico y con limitaciones (p. 120) Así las cosas, se presume que las decisiones serán justas materialmente hablando,

pues en el caso concreto, por lo que el juez solamente traslada al caso en estudio la voluntad racional que ya está contenida en la norma abstracta y general.

Se entiende entonces, que este modelo de interpretación tiene una proyección especialmente estatista del derecho, toda vez que usa una metodología jurídica dirigida a garantizar el carácter netamente cognoscitivo, dejando a un lado el carácter creativo que puede llegar a tener la actividad judicial, puesto que el juez debe someterse meramente a declarar la voluntad del legislador a fin de aplicarla en el caso concreto. Dicho de otra manera, el juez no toma ningún tipo de decisión, solo verifica los hechos y aplica la ley correspondiente. (Uprimmy, 2012, Pág. 30).

Esta escuela tiende a tener una visión iusnaturalista puesto que no rinde culto a la ley como tal, sino a la racionalidad del derecho en sí, buscando realizar aspiraciones importantes con relación a la seguridad jurídica y de la misma manera al control de la arbitrariedad judicial. Sin embargo, diversos autores catalogan esta teoría como indeterminada, toda vez que se puede presentar conflictos y colisiones entre las normas dando lugar a la imposibilidad de resolver los casos concretos con la interpretación literal de una norma u otra.

Como crítica a este modelo de interpretación, se está ante una visión inocente de que el legislador es omnisciente, que este sería capaz de prever y regular previamente todas las situaciones para el derecho, omitiendo así la naturaleza humana, regida por pasiones e intereses; lo que genera contradicciones y vacíos en la producción normativa.

1.2. El activismo judicial

En contraste con la teoría anterior, la escuela del activismo judicial se encuentra fundamentada desde una perspectiva finalista y no conceptual del derecho, toda vez que busca guiar la interpretación jurídica no desde una norma o una institución sino desde el desentrañamiento del fin social que estas pretenden perseguir. Autores como Heck *“consideran que la finalidad del derecho es resolver conflictos de intereses, por medio de la protección especial que la ley confiere a algunos de ellos”*. (Uprimny, 2012, p. 30)

Esta teoría predica que, al momento de proferir una decisión, el juez se aparta de una obediencia mecánica y logra una dimensión pensante al conocer, con una exactitud histórica, aquellos intereses que ha ocasionado la ley y tiene en cuenta esos intereses para la resolución del caso concreto, volviendo así, sus decisiones judiciales más sociológicas y valorativas.

Algunos autores, como Holmes, Liewelyn o Frank, concluyeron que el derecho, su interpretación y argumentación no son las normas generales sino las decisiones concretas de los jueces (Campos, 2013, p. 24)., dándole entonces un rol más protagónico a los jueces como productores de normas. Es por esto que la escuela se asocia a movimientos progresistas, ya que se parte de constantes cambios sociales y culturales que, de otro modo, no podrían gestarse con tal fluidez. Piénsese por ejemplo, en escenarios difíciles como la despenalización del aborto en casos excepcionales. Esta regulación no habría sido posible si tuviera que gestionarse a través del legislador,

mientras que la decisión judicial implica cambios más ajustados a las realidades contemporáneas.

El libre activismo, desde la escuela del derecho libre reconoce un mayor rol a los jueces, ya que ellos solucionan a partir de su propio pragmatismo y experiencia, no aplicando silogismos (Campos, 2013, p. 41). Este razonar permite resignificar la razón de ser del juez, toda vez que dejan de ser un mero operador jurídico que replica la ley sin mayor capacidad de análisis, regidos por la falacia de ser promotores de un derecho racional y objetivo (y por tanto, más correcto). Bien como dice Von Ihering *“El derecho auténtico no es el que aparece en formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive de modo real por la gente y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones”* (Citado en Mejía, 2015, p.33)

Ahora bien, esta escuela también presenta sus propias falencias, al menos desde dos aspectos, a saber: la libertad judicial que roza la arbitrariedad y la inseguridad jurídica que puede acarrear. El primero surge por la permisividad que la corriente le otorga al juez, de poder fallar sin el sometimiento a la ley ni a los hechos probados; el segundo, porque a raíz de tal subjetividad, el derecho prácticamente depende del sentir de cada juez (Atienza, 2019) Ambos factores constituyen una eventual amenaza al sistema democrático, al estar en vilo el debido proceso y no cumplirse los mínimos de garantías judiciales

Tabla 1

Diferencias entre deductivismo conceptual y activismo judicial

| -- | Deductivismo conceptual | Activismo judicial |
|---------------------------------------|--|---|
| Naturaleza del derecho | Exclusivamente se compone de normas. | Incluye otras fuentes: principios, jurisprudencia. |
| Admite interpretación | No X | Sí ✓ |
| Aplicación de fuentes | Al juez solamente le es permitido aplicar la ley. | Excepcionalmente podrá acudir a otras fuentes: <ul style="list-style-type: none"> - Ley insuficiente - Cambios sociales |
| Modelo de aplicación del derecho | Silogístico. <ul style="list-style-type: none"> - Premisa mayor la ley - Premisa menor, el caso - Conclusión, la sentencia. | Se sale del esquema clásico para argumentar que los procesos de decisión no necesariamente son lógicos. |
| Formas de proferir una decisión justa | La ley emana de la voluntad general. Lo justo es lo socialmente aceptado, por lo tanto, toda ley es justa. | Los valores y subjetividad del juez intervienen en la decisión. |
| Lagunas | La ley es omnímoda. Es capaz de regular toda situación | Debe acudir a otras fuentes y, si no es posible, debe decidir bajo criterio propio. |
| Decisión judicial | Basada en razonamientos para preservar la objetividad exigida a la justicia. | El fallo no necesariamente es una producción científica. Existen criterios subjetivos implícitos. |
| Previsibilidad | Como es basada en la ley, toda decisión es fija y estable. | Su carácter social hace que sea dinámico, la sentencia es imprevisible. |

Fuente: Adaptación propia. Basadas en Uprimny y Rodríguez, 2008, p. 114.

1.3. Problemas prácticos para realizar interpretaciones judiciales.

El sistema jurídico colombiano se nutre de mixturas. Por una parte, su tradición romanista ha calado en la concepción meramente operativa del juez; pero, por otra parte, las concepciones más modernas han admitido, paulatinamente, la importancia de la jurisprudencia como criterio auxiliar generador de derecho. (López, 2006b, pp. 9-11) Ahora bien, la jurisprudencia como criterio unificador ha sido necesario para mantener un Estado centralizado, evitando así que cada provincia –o actualmente, cada departamento– pudiera consolidar una jurisprudencia federal. En ese sentido, Diego López (2006b) afirma que *“la Regeneración quería, por razones de política judicial, un sistema jurisprudencial más estricto”* (p. 28)

Actualmente, puede evidenciarse ese matiz centralista al repasar las funciones de los órganos de cierre las cuales, entre otras, está la de mantener unificada la jurisprudencia. No obstante, hoy se tiene un nuevo argumento pues, además de preservar el carácter centralizado de la jurisprudencia, se legitima este proceder para salvaguardar el principio de igualdad de trato que merecen los ciudadanos. (López, 2006b, p. 29)

Para que una decisión judicial sea vinculante debe ser doctrina probable. Tres sentencias o más decididas de una manera uniforme constituyen doctrina probable (CC, 2001a, num. 1) Excepcionalmente, el juez podrá desconocer el precedente construido, el cual depende del tipo de precedente y las causales que lo amparan:

Tabla 2.
Reglas para apartarse del precedente.

| Desconocer precedente vertical (superiores) | Desconocer precedente horizontal (Sus propias decisiones) |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - Cambios legislativos - Cambios sociales - Sentencias contradictorias | <ul style="list-style-type: none"> - Cambios legislativos - Cambios sociales - Considera que la línea va contra principios |

Fuente: Elaboración propia, con base en la sentencia C-836 de 2001.

Como puede apreciarse, la exigencia dictada al juez es mantener el precedente vertical y horizontal. Esto quiere decir que, además de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre, debe procurar decidir en consonancia que los jueces de su misma categoría, en aras de preservar la igualdad de trato y la seguridad jurídica (CC, 2017, num. 4.1)

Adicionalmente, el juez debe distinguir entre dos categorías. La *obiter dicta* es aquella parte motiva que pone en contexto sobre los principios aplicables en un caso; mientras que la *ratio decidiendi* son aquellas argumentaciones que enlazan principios con la resolución de un caso. Solo esta es de obligatorio cumplimiento para el juez (CC, 2001a, num. 22).

No bastando lo anterior, la sentencia judicial guarda una estrecha relación con la moralidad y lo justo; lo que quiere decir que –además de legal– se espera que las sentencias impartan verdadera justicia y propendan por un equilibrio social. (Uprimny y Rodríguez, 2008, pp. 99-100)

Así las cosas, a pesar de que se estipule que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, en la práctica es una fuente vinculante y que exige su aplicación en los casos concretos y similares. Ello conlleva a que el juez dependa de la ley (Art. 230 constitucional) y también a las reglas del precedente judicial anteriormente expuestas.

Se debe procurar por un balance, evitando caer en excesos de inseguridad jurídica, por un lado, pero sin sacrificar la autonomía judicial como agente creador y actualizador del derecho. Además, propender por este equilibrio evitaría las limitaciones que siente el juez, quien muchas veces se rehúsa a consolidar criterios novedosos, por temor a que la parte desfavorecida inicie un proceso disciplinario en su contra, o incluso penal por prevaricato. Este sentimiento es frecuente y limita la producción jurídica, en especial en los jueces no colegiados.

Capítulo II. Los límites interpretativos del juez laboral.

La Constitución Política trae una serie de garantías para proteger a sus habitantes, a la vez que impone pautas de conducta a los servidores públicos. En concreto, establece unos límites de acción para los jueces y magistrados de la República, para así garantizar unas decisiones ajustadas a la ley pero también a la Constitución y a sus principios.

En este capítulo se esbozarán dos tipos de límites. El primero, de tipo genérico aplicable a cualquier área, es el derecho a la igualdad materializado en el respeto al precedente y la protección integral a los sujetos de especial protección constitucional. En el segundo, los límites específicos en materia laboral y de seguridad social, a saber: irrenunciabilidad de los derechos laborales, fallo ultra y extra Petita, la convención colectiva como fuente formal, el principio de favorabilidad en materia pensional y condición más favorable.

2.1. Límites generales a la interpretación judicial.

2.1.a. Respetar el precedente para garantizar la igualdad.

Como se dijo previamente, el precedente se ha convertido en un criterio fundamental a respetar. A pesar de que se evoca como criterio auxiliar², la jurisprudencia –en especial la proferida por las altas Cortes– termina determinando el campo de acción de los tribunales y jueces de menores categorías. Conforme a la jurisprudencia, existen dos tipos de precedente: el vertical, que es el que profiere el superior funcional o el

² El art. 230 Constitucional establece que los Jueces “*solo están sometidos al imperio de la ley*”.

órgano de cierre; y el horizontal, compuesto por las decisiones tomadas por sus pares o por el propio despacho. (CC, 2001a, num. 2; CC, 2017, num. 4.1.)

Uno de los argumentos más mencionados para justificar la aplicación del precedente, reside en el respeto del derecho al trato igualitario por parte de las autoridades administrativas y judiciales que, por otro lado, están obligadas a respetar los preceptos constitucionales y las garantías fundamentales (CC, 2011a, num. 5.3.2.) Para el caso de las decisiones judiciales, se materializa al aplicar decisiones uniformes, evitando fallar de manera asimétrica en casos con un sustento fáctico similar (CC, 2001a, num. 3.)

No puede reputarse que el precedente sea un límite a la autonomía judicial, pues en este caso prevalece la observancia del derecho fundamental de los ciudadanos. *"Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley [...] permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos."* (CC, 2001, num. 7) Además, los jueces cuentan con herramientas para justificar un posible apartamiento de la jurisprudencia oficial, como se establecerá más adelante. (CC, 2011a, num. 5.4.3.1.)

Ligado a este se encuentran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe (CC, 2015, nums. 26.1-26.4), de ahí que se protejan las expectativas de los ciudadanos basadas en el respeto de las decisiones judiciales preexistentes. Cuando se conoce el alcance de las decisiones judiciales, las personas tienden a

comportarse de acuerdo a los límites establecidos por las autoridades judiciales. Caso contrario si cada juez pudiese fallar contradictoriamente, pues se crearían dudas sobre si determinado comportamiento será castigado o protegido, dependiendo únicamente del criterio e interpretación del juez. (CC, 2001a, nums. 9-10.)

Por todo lo anterior, el juez debe respetar las decisiones previas que guarden similitud con el caso concreto. Ahora bien, esto no quiere decir que el ordenamiento deba propender por mantenerse estático, ya que pueden proferirse cambios en razón de nuevas concepciones o valores insertos como sociedad. (CC, 2001, num. 13) En el evento en el cual el juez pretenda decidir de manera diferente, tendrá el deber de justificar: i) las razones que lo llevan a entender que es un caso diferente a los anteriores, ii) los cambios legislativos, políticos, sociales o culturales que le invitan apartarse de la jurisprudencia *obsoleta*, o iii) Justificar con mayor exigencia las razones que llevan a apartarse del precedente de la Corte Suprema de Justicia. (CC, 2001a, nums. 17-20; CC, 2011a, num. 5.4.3.4.)

Este principio tiene tal importancia que, inclusive, su desconocimiento puede alegarse vía tutela, bajo el cargo de desconocimiento del precedente. Se entiende que procede de manera excepcional, ya que inaplicar la jurisprudencia sin la debida motivación genera una vía de hecho (CC, 2017, num. 3), justamente, porque se entiende que hubo una vulneración al derecho fundamental del trato igualitario por parte de las autoridades.

Empero, es importante verificar que la violación si sea de un verdadero precedente y no de sentencias aisladas, el juez de tutela deberá revisar esta exigencia (CC, 2010, num. 28). Para determinar qué clase de sentencias son vinculantes, debe analizarse la *ratio decidendi* (las razones de derecho que son vinculantes para los jueces, se encuentran en la parte motiva de la sentencia) En particular: Si se plantea una regla para resolver casos similares posteriores a la sentencia, sirvió para resolver un problema jurídico similar, o los hechos, normas y/o puntos de derecho invocados en el caso sean similares al caso posterior. (CC, T-1317 de 2001, citada en CC, 2015, num. 28)

2.1.b. Proteger a la población más vulnerable

Un aspecto general –pero íntimamente subjetivo– se encuentra en la protección a los sujetos de especial protección constitucional. Usualmente, son definidos como grupos poblacionales que, por razones económicas, psicofísicas o culturales, enfrentan mayores situaciones de discriminación o abuso y, con ello, mayores probabilidades de que sean desconocidos sus derechos fundamentales. Los mejores, las mujeres cabeza de familia o gestantes, los ancianos, las personas en situación de discapacidad y las personas en extrema pobreza, son algunos ejemplos claros de los sujetos especiales (CC, 2011b, num. 1.5)

Generalmente, las reglas de procedencia de tutela, o las reglas interpretativas en sede constitucional, deben ser más flexibles en favor de estas personas, atendiendo que los derechos prestacionales no son tutelables, pero que por conexidad pueden verse

amenazados derechos que sí lo son (el mínimo vital, la vida en condiciones dignas, la salud, y otros que dependen de cada caso particular)

En materia judicial, esta categoría ha sido desarrollada –específicamente en laboral– mediante la implementación de fueros por maternidad y por discapacidad, que refuerzan el vínculo laboral y propenden por una estabilidad en el empleo en aquellas situaciones donde se dificulta la consecución o la preservación del mismo. Ambas nociones son de creación y desarrollo jurisprudencial, en vista de que las leyes no regularon suficientemente el tema (Cuervo, 2018, p. 22; CC, 2000, num. 4.2.2.)

2.2. Límites especiales a la interpretación judicial

La Constitución concibió el trabajo como un aspecto importante para el progreso individual y social, por lo que se realizó una regulación integral en materia laboral. Constitucionalmente, se propendió por una protección integral al trabajador a través de unos mínimos irrenunciables, una remuneración apropiada a su trabajo, facultades para negociar colectivamente, protección a ciertas poblaciones en condiciones de vulnerabilidad (mujeres, gestantes y menores de edad), seguridad social y un compilado de garantías sustraídas de los tratados internacionales laborales. (Asamblea nacional constituyente, 1991, art. 53.)

2.2.a. Irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Toda relación laboral lleva consigo unas prebendas constituidas en favor del trabajador (Presidencia de la República, 1950, art. 13) Constitucionalmente, se habla de un conjunto de mínimos irrenunciables que no podrán disminuirse ni renunciarse,

protegiendo así las condiciones del empleo digno (CC, 1995a, num 10) y procurando un equilibrio contractual (Miyagusuku, 2001, p. 166); aunque las razones no son meramente individuales. Promover unas condiciones mínimas asegura una estabilidad en la economía y la protección de la familia a través de la actividad productiva.

Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad [...] (CC, 1994, num. 3)

La irrenunciabilidad implica, por un lado, que el empleador no podrá desmejorar o suprimir algunos de estos aspectos y, por otro lado, que ni siquiera los trabajadores tienen la facultad de renunciar a sus propios derechos. (Cuéllar y Palacio, 2017, p. 12)

Debe resaltarse que los derechos mínimos irrenunciables no son un asunto taxativo. Originalmente, fueron contemplados en el CST, los cuales comprenden: salario mensual (nunca inferior al mínimo), prestaciones sociales (prima, auxilio de cesantía e intereses, vacaciones, recargos, horas extra, licencia de maternidad, dotación y auxilio de transporte), Indemnizaciones (según el término del contrato laboral) y la seguridad social (compuesta por el sistema de seguridad social, pensión y los riesgos laborales) (Presidencia de la República, 1950, art. 13). Empero, con el paso del tiempo han ido incorporándose a este grupo diversos instrumentos internacionales, bajo la figura de *bloque de constitucionalidad*, a fin de ser más garantistas con el trabajador y restringir su limitación en Estados de excepción. (Puyo, 2007, p. 52), como ocurre por ejemplo con

los convenios suscritos con la OIT, que adquieren fuerza vinculante para las autoridades y para los jueces iinterpreta, como lo ratifica la SL7928-2020 (2021b, p.14)

Tal principio conlleva a que el juez deba revisar minuciosamente el cumplimiento de las condiciones mínimas laborales, procurando que estas no sean desmejoradas por interpretaciones de ley o al momento de aplicar justicia. En caso de que exista una transacción, el rogado debe revisarla de oficio para evitar afectaciones a los derechos del trabajador a través de la renuncia de las prestaciones previamente mencionadas (Cuéllar y Palacio, 2017, p. 18)

2.2.b. Facultades extraordinarias para fallar *ultra* y *extra petita*

Ligado al anterior principio, el juez cuenta con la potestad de conceder más allá de lo pedido o incluso, algo que no se pretendió en el *petitum*, para evitar perjuicios contra el trabajador y sus dependientes. (Urquijo y Huertas, 2020, p. 10) Por ello, en contraste con el área civil, los jueces laborales tienen la libertad de conceder *extra* y *ultra petita* en favor de los intereses del trabajador; concretamente, aquellos montos no pagados, generados por los mismos hechos presentados en la demanda y que no fueron reclamados (Presidencia de la República, 1948, art. 50)

Esta es una excepción al principio de congruencia, ya que por mandato Constitucional los funcionarios públicos –y en particular los jueces– deben revisar minuciosamente el proceso, para preservar los derechos de los trabajadores y fallar por asuntos que ni siquiera el abogado demandante haya notado al momento de reclamar.

Originalmente, esta potestad judicial solo aplicaba para los fallos de primera instancia, quedando rezagados aquellos procesos de única instancia que, por ser de mínima cuantía, carecían de esta protección en la ley. Sin embargo, la interpretación de la Corte marcó un precedente en la materia, confirmando que en los procesos de única instancia también se debe aplicar el principio, lo contrario significa discriminar por razones económicas a quienes disputan unas sumas menores de dinero. (Corte Constitucional, 1998, núm. 4)

Tal discusión se tuvo para los procesos en segunda instancia, aunque por el principio de Consonancia debe limitarse el marco analítico del litigio, especificando los reparos concretos contra la decisión de primera instancia. Inicialmente, el juez *ad quem* estaba en una posición inamovible en la cual no podía hacer uso de las facultades extra o ultra petita (Congreso de la República, 2001, art. 35) Sin embargo, este artículo fue demandado por inconstitucional ya que contrariaba el mandato expreso de la Carta Política de preservar los mínimos en todo caso. Así, se declaró que la limitación extra y ultra petita no aplica para los mínimos irrenunciables.

En consecuencia, el juez de segunda instancia puede extralimitarse de los puntos de inconformidad siempre que existan otras prestaciones no tenidas en cuenta que favorezcan al trabajador, prevaleciendo la realidad procesal (CC, 2003) y, en especial, preservando a la parte más vulnerable como lo puede ser el trabajador (Urquijo y Huertas, 2020, p. 20)

Empero, deben cumplirse unos requisitos para su admisión:

- Que tengan un fundamento fáctico discutido en el proceso, y
- Que estas sumas no reclamadas quedaran probadas en el curso del mismo. (Corte Suprema de Justicia, 2021b, p. 35)

Tales requisitos se contemplan para evitar un desequilibrio injustificado y afectar gravemente a la contraparte. Siguiendo esta lógica, surgieron algunos remedios vía jurisprudencial, ante un eventual el caso de conversión de única a primera instancia (en razón a la cuantía). En esta hipótesis, la condena podría ser apelada por parte del trabajador o entidad condenada, para evitar así un perjuicio desproporcionado al declararse una condena mayor a la esperada.

No obstante, la SL de la Corte Suprema de Justicia ha sido más renuente a darle libertades al *ad quem* para reconocer ultra y extra petita. Contrario a la disposición de la CC, la Sala ha hecho hincapié en el principio de Consonancia y el estricto límite para los jueces de segunda instancia (SL, 2021a, p. 13)

2.2.c. La importancia de las convenciones colectivas.

Otro asunto fundamental para preservar las garantías sindicales es el valor que se le asigna a la convención colectiva. Para algunos magistrados, como los de la SL, la convención solo adquiere importancia en materia probatoria, mas no como fuente creadora de derecho. Los efectos son claros: al ser desconocida como fuente formal, la convención no podía interpretarse de manera favorable al trabajador sino solo de manera literal. En caso de ambigüedades, se acude a la ley.

Distintas postura comparte la CC en la sentencia SU-1185 (2001b), aclarando que la naturaleza de las convenciones colectivas:

- Son actos jurídicos *ad substantiam actus*. Es decir, solo se reputan existentes si se cumplieron las solemnidades del art. 435 del CST. (num. 4.1.1.)
- Es fuente formal, porque deviene de la autorización constitucional y legal, además de que regula una situación de orden público como las condiciones laborales. Cumple una especie de función legislativa en lo no regulado por la ley. (num. 4.1.3.)

Tesis que ha sido reiterada en la SU-027 de 2021, donde la Corte sostiene el alcance de fuente formal de la convención, siempre y cuando se allegue prueba de su existencia en sede casación (CC, 2021, num. 6).

Mientras que la SL solo aprecia la convención desde un aspecto probatorio (existe o no en la medida en que se logra demostrar en el proceso), la CC le da un alcance mayor a la convención al asimilarla con la ley para poder aplicar la interpretación más benéfica al trabajador. En tal sentido, si los vacíos o ambigüedades de una convención no se interpretan favorablemente, se está incurriendo en una vía de hecho susceptible de tutela (CC, 2001b, num. 6.1).

Sobre este último punto, la SU-241 de 2015 reitera la procedencia excepcional de la acción de amparo tutela, cuando un juez: i) desconoce el precedente judicial sin justificación, y ii) no interpreta favorablemente las normas y otras fuentes formales, como

la convención colectiva (CC, 2015, num. 19) Esta sentencia destaca el papel del recurso extraordinario de casación, con relación a las garantías fundamentales, pues las Altas cortes deben pasar de una "*concepción formalista de la administración de justicia vinculada al simple propósito del respeto a la legalidad, por una concepción más amplia y garantista, en la cual la justicia propende por el efectivo amparo de los derechos de los asociados*" (CC, 2015, num. 33).

Para finalizar, aún está vigente la diferencia entre la SL y la CC sobre el valor de la Convención. Mientras que la SL concibe que la convención desempeña un mero papel probatorio, para la CC es fuente formal y susceptible del principio de favorabilidad. (CC, 2019, num. 6; CC, 2021, num. 6)

Tabla 3.

Tratamiento otorgado a la Convención colectiva.

| SL | CC |
|--|---|
| Solo importa como prueba. | Valorada como prueba y como fuente formal. |
| El juez se rige por su autonomía judicial y por la sana crítica. | El juez está sometido al principio constitucional de favorabilidad. |

Fuente: elaboración propia. Basadas en las sentencias: SU-1185 de 2001, SU-241 de 2015, SU-276 de 2019, SL7807-2016 y SL022-2018.

En la práctica, tal contraste conlleva a inseguridad jurídica y una baja credibilidad en las decisiones judiciales, ya que primero se debería acudir a la jurisdicción ordinaria, con las probabilidades en contra (por ser la SL un órgano de cierre) y luego recurrir a la tutela para la protección al derecho de igualdad.

2.2.d. Principio de favorabilidad

Con estrecha relación al límite anterior, se encuentra la regla de la situación más favorable al trabajador. La favorabilidad exige que las autoridades judiciales apliquen la situación más benéfica cuando persistan dudas sobre qué norma o interpretación elegir, pues "*La razón de ser de este principio es la protección al [...] trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral.*" (CC, 1994, num. 3)

Para que proceda la favorabilidad se requiere: i) Una duda seria y razonable, y ii) Que las normas o interpretaciones se ajusten al caso concreto. Incluso la CC, en la T-559 de 2011, va más allá cuando sostiene que "*no sólo [procede] cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*" (CC, 2011c, num. 5) Esto no quiere decir que el juez pueda aplicar lo más beneficioso de diferentes normas, pues la ley laboral exige la aplicación normativa integral (CC, 1995b, lit. e)

De otro lado, una característica propia de la seguridad social es la progresividad de este derecho prestacional. Esto quiere decir que el Estado Colombiano debe procurar aumentar la cobertura y mantener unas condiciones de accesibilidad a la población. Toda medida contraria se entiende que es regresiva, es decir, que dificulta el acceso y permanencia a ciertas personas, vulnerando así el derecho a la seguridad social. Por tal motivo, las leyes regresivas: i) no pueden invocarse bajo la premisa de libertad

legislativa, y ii) se presumen inconstitucionales, por lo que el juez de la causa puede inaplicar la ley por inconstitucional. (CC, 2005a, num. 4.3).

Visto de esta forma, el principio de favorabilidad le ordena al funcionario judicial una capacidad mayor de análisis para determinar si existe una duda seria y objetiva, así como el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad, esto es, omitir la ley porque considera que va en contra de los preceptos constitucionales.

2.2.e. Condición más beneficiosa.

Finalmente, y derivado de la favorabilidad, se pone de presente el principio de condición más beneficiosa, siendo este aplicado en la materia de seguridad social. Al comprender un área más específica, su desarrollo se ha dado por la vía jurisprudencial, para establecer –de manera proporcional– regímenes de transición no concebidos por la ley.

La ley 100 reformó estructuralmente el esquema de seguridad social; entre otras cosas, alteró los requisitos de pensión de vejez pero evitando traumatismos mediante la implementación de un régimen de transición. No obstante, esto no ocurrió con otras pensiones, como la de sobreviviente o por invalidez, lo que condujo a –tanto ley 100 como normas posteriores– cambiaran abruptamente las reglas y afectarían a miles de personas al negarles dichas prestaciones.

Muchas personas se vieron en la necesidad de tutelar para salvaguardar su derecho al mínimo vital y el de sus familias; en especial aquellos accionantes que reclamaban pensión de invalidez, por ser un grupo más vulnerable. A raíz de esta

situación, la CC se vio en la tarea de definir una suerte de intervalos en la materia. Para ello, se establece la diferencia entre meras expectativas, expectativas legítimas y derechos adquiridos, aplicados en legislaciones aparentemente más restrictivas..

Por un lado, los derechos adquiridos son aquellos a los que se les aplica la ley anterior, debido a que los requisitos fueron cumplidos antes de la nueva ley. Las meras expectativas, por otro lado, son justamente lo contrario, no se cumplían los requisitos y solo se aspiraba a que el régimen legal no fuera alterado, razón por la cual se aplica la norma posterior (Consejo Nacional Legislativo, 1887, artículo 17) . Sin embargo, existe una situación intermedia: pese a no haber cumplido los requisitos en vigencia de la ley anterior, el cambio abrupto de legislación puede verle afectadas sus *expectativas legítimas*. (CC, 2005a, num. 4.1)

Las expectativas legítimas se convierten en una categoría de protección, entendiendo que un Estado social de derecho requiere de un carácter progresivo de la seguridad social. Por tal motivo, se hace necesario evaluar los casos concretos y así determinar si serían susceptibles de aplicar las normas anteriores, como cuando se establecen regímenes de transición.

El siguiente capítulo abordará algunos casos suscitados en materia laboral y pensional, en la cual se entrevén las diversas aplicaciones de estos principios, con el fin de ofrecer justicia material.

Capítulo III. Análisis de Jurisprudencia.

En el área laboral se ha visto la importancia de que el juez aplique no solo una interpretación literal sino una ajustada a los principios Constitucionales, legales y respetando incluso la propia Jurisprudencia de las altas cortes (CC, 2011a, num. 5.4.2.2.) A pesar de estos límites, algunos jueces y magistrados han decidido resolver casos desfavorables para la parte débil de la relación, afectando derechos Constitucionales como el mínimo vital, la igualdad en el trato y el debido proceso.

En este capítulo se abordarán tres casos en los cuáles se pueden observar el desconocimiento de derechos. En primer lugar, en material laboral colectiva con el Caso EMCALI E. S. P., el régimen de transición creado jurisprudencialmente para garantizar el acceso a la pensión de invalidez y, finalmente, la pensión de sobreviviente en familias de crianza.

3.1. El valor del principio de igualdad – Caso EMCALI E. S. P.

Empresas Municipales de Cali (EMCALI) es una entidad de servicios públicos domiciliarios, sujeta al régimen público especial. Algunos de sus trabajadores oficiales conformaron SINTRAEMCALI, para desarrollar su derecho a la asociación colectiva. Entre la EICE y el sindicato se firmaron diferentes convenciones colectivas, a fin de mejorar las condiciones salariales de los asociados. La convención 1999-2003 incluyó las vacaciones y la prima de antigüedad como factor salarial. Esto implicaba que, al momento de liquidar la mesada pensional, se debían tener en cuenta aquellas prestaciones.

Sin embargo, se suscribió otra convención colectiva para el periodo 2004-2008, la cual excluía explícitamente estas prestaciones, y mantuvo un régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2007. No obstante, nada se dijo sobre la forma de liquidar las mesadas pensionales de las personas próximas a jubilarse y cobijadas por el régimen de transición, por lo que este vacío convencional provocó controversias judiciales.

En concreto, había una disyuntiva sobre la convención aplicable para los empleados jubilados de EMCALI cubiertos por el régimen de transición, siendo algunos casos fallados en beneficio de los ex empleados bajo el principio de favorabilidad, considerando las primas y vacaciones como factores para liquidar la pensión. (SC, STC-20333-2017, pp. 16-17) Empero, esta no fue la suerte de todos pues algunos jueces hicieron una interpretación literal de la convención 2004-2008 y, al excluir ambas prestaciones, se entendía que esto no configuraba parte del régimen de transición; tampoco fueron favorecidos por el principio de favorabilidad por considerar que este aplicaba solo en las fuentes formales, como la Constitución y la ley, no en convenciones. (SL, 2011, pp. 13-14. SC, 2020, p. 7) En la práctica, esto significó que ni las vacaciones ni las primas fueron parte de la mesada pensional, reduciendo significativamente los montos pensionales.

Algunos de estos casos fueron amparados por la acción de tutela, por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad en el trato y al debido proceso, ya que era una situación absurda el hecho de que la SL fallara contrario a sus intereses, cuando por la

misma situación en EMCALI habían cerca de 30 procesos favorables a los retirados y fallados por la misma sala. Las tutelas fueron concedidas con base en dos argumentos:

- El primero, que ya existía una línea jurisprudencial que concebía la convención como una fuente formal de aplicación, por lo que se puede interpretar bajo el principio de favorabilidad (Sentencias CC SU-1158 de 2001, reiterada en SU-241 de 2015 y SU-276 de 2019)
- El segundo, que es deber de los jueces seguir el precedente de las Altas cortes, en este caso particular de la CC, para evitar quebrantar la confianza legítima y asegurar el derecho a la igualdad por parte de las autoridades públicas. (SC, STC-20333-2017, p. 12; y STC-7797-2020, pp. 11-12) Este caso fue más allá porque las decisiones contrariaron su propia Jurisprudencia como Sala Laboral y órgano de cierre en esta materia.

Así las cosas, estos casos recalcan la importancia de seguir la Jurisprudencia en cuanto a los criterios interpretativos y en el valor del precedente y cómo no puede desconocerse sin alguna argumentación. El hecho de que a dos personas les nieguen el incremento en la mesada pensional mientras que a otros 30 les reconocen, significa una vulneración a la igualdad constitucional y a la favorabilidad consagrada en el CST.

3.2. Tránsito legislativo para no vulnerar expectativas legítimas.

La ley 100 trajo grandes cambios en materia de seguridad social para los trabajadores, entre estos, se establecieron los requisitos para obtener la pensión por invalidez. Originalmente, la ley 100 ordenaba haber cotizado al menos 26 semanas al

momento de la incapacidad o en el año inmediatamente anterior. (Congreso de la República, 1993, art. 39) Posteriormente, esta regla fue modificada en 2003 por las leyes 797 y 860, las cuales exigían mayores requisitos para su concesión: 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años previos a la incapacidad y, para casos de enfermedad, un porcentaje de fidelidad en las cotizaciones.

Este cambio significó un agravio para algunas personas que sufrieron accidentes o incapacidades durante el 2003 y los años siguientes, en la medida en que les era negada la pensión por no cumplir los requisitos relativamente recientes al momento de sus respectivas incapacidades.

Un claro ejemplo se encuentra en la T-1291 de 2005. La señora Jaramillo tuvo un Accidente Cerebro Vascular que la dejó con una PCL del 69%, quedando imposibilitada para trabajar; al ser madre cabeza de familia peligraba su propio sustento y el de su hija menor de edad. Protección como AFP denegó la pensión por no cumplir con los requisitos nuevos: 50 semanas de cotización. Ella tuteló pero tanto el juez laboral como el Tribunal laboral hicieron una interpretación literal de la norma y este fue el criterio que prevaleció para negarle el amparo. (CC, 2005a)

En sede revisión, la CC integra los principios de favorabilidad, progresividad y la necesidad de implementar un tránsito legislativo, no contemplado desde la norma, para evitar traumatismos en las personas que tenían expectativas legítimas en la concesión de pensión por invalidez. (CC, 2005a, num. 4.4.) En este caso consideraron que:

Las dos instancias dentro de la presente tutela confirmaron las razones por las cuales la AFP negó el reconocimiento de la pensión a la señora Jaramillo a partir de la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Ninguna de las dos se percató de un cambio en las condiciones legales para acceder al derecho producida apenas unos días antes de la fecha de estructuración de la invalidez de la peticionaria. Por tanto, en los dos eventos se pasó por alto el tránsito de legislación [...]" (CC, 2005a, num. 8, subrayado no original)

En el trámite quedó demostrado que la norma cambió el 26 de diciembre de 2003 y la señora Jaramillo sufrió el accidente el 28 de enero, por lo que era aplicable un tránsito legislativo que no afectara sus expectativas legítimas y así mantener las condiciones originales: 26 semanas mínimas.

Esta sentencia sería la base para posteriores fallos favoreciendo al trabajador, a través de una interpretación menos rígida y más sistemática, afirmando que toda medida regresiva se presume inconstitucional y cuestionando las débiles razones que llevaron al legislador a implementar una medida desproporcional. Bajo esta premisa, *"El funcionario que aplica la norma no solamente debe tener en cuenta durante su ejercicio el tenor literal de las Leyes. Su actuar debe verse iluminado por las reglas y principios de carácter constitucional."* (CC, 2006, num. 8)

Los artículos de la ley 860 de 2003 relacionados con la pensión de invalidez fueron declarados inexecutable, lo que produjo una incertidumbre en los casos subsiguientes sobre qué norma aplicar para otorgar la pensión por invalidez. Algunas AFP optaron por aplicar la ley 860 y sus requisitos, pese a la inexecutable, bajo el argumento de que

esa era la norma vigente al momento de la incapacidad y afirmando que la inexecutable tenía efectos a futuro, no retroactivos.

En sede tutela se discutió la importancia de comprender los efectos de la inexecutable, en particular, la CC entendió que esta puede ser una duda seria y razonable, entre escoger una norma derogada u otra inexecutable, y es en estos casos en donde se aplica el principio de favorabilidad, prevaleciendo los requisitos originales de la ley 100. Así, “[La AFP] *prefirió dar aplicación a la interpretación legal que aunque se mostraba formalmente válida, desconocía el principio constitucional en comento.*” (CC, 2007, num. 10.1)

En este tema surgieron choques interpretativos entre la literalidad asumida por la SL versus la principalística de la CC. Los jueces laborales –en aplicación del principio de favorabilidad– estaban otorgando la pensión por invalidez con base en los requisitos originales de la ley 100, una norma derogada pero más beneficiosa; aún así se presentó un caso en el que la SL –contrariando a sus inferiores y al precedente de la CC– falló en casación contra los intereses del accionante, bajo la premisa de que la ley 797 de 2003 tenía plena validez en el momento de la incapacidad y que se presumía Constitucional, por lo que fue negada su pensión. (CC, 2008, num. 1.5)

El señor Sanz interpuso dos tutelas (una de ellas fue archivada) y negada hasta que la CC (2008) modificó el fallo en sede revisión: No hay razones para revivir un artículo inexecutable; en caso de duda, se resuelve en favor del trabajador (num. 3.4.5.4) además,

se vulneraron los precitados principios de favorabilidad y de progresividad en los derechos sociales, el amparo pensional.

3.3. Pensión de sobreviviente en familias de crianza

Como último caso se destaca el derecho a la pensión de sobreviviente en hijos y padres de crianza. Esta inclusión novedosa se debe al desarrollo exclusivamente jurisprudencial, aunque debe advertirse que no ha sido una línea pacífica, debido a que existieron posturas contradictorias entre la SL y la CC.

Legalmente, la pensión de sobreviviente se otorga a su pareja (siempre que sea mayor de 30 años y hayan convivido mínimo 5 años antes de su muerte), los hijos menores de edad o menores a 25 años si demuestran estar cursando estudios, hijos con alguna discapacidad sin importar la edad, padres (siempre que no tuvieran pensión u otra fuente de ingresos) y hermanos (discapacitados o menores de edad que dependieran del causante) y enfatiza que *"se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil"* (Congreso de la República, 2003, art. 47) Una interpretación literal del artículo excluyó a las familias de crianza, las cuales no están tipificadas como parentesco dentro del Código Civil, a saber: consanguinidad, afinidad o civil. (SL, 2007, p. 14) Sus efectos fueron la discriminación a aquellas familias que, sin tener un vínculo legal o sanguíneo, estaban enlazadas por el cariño y la costumbre; agravando la niñez o vejez de los padres o hijos de crianza.

Esta línea jurisprudencial de la SL se ajustó a la ley 797 de 2003, pero puede evidenciarse una ruptura con los principios Constitucionales de la seguridad social,

además de una contradicción con la jurisdicción contencioso administrativa, la cual venía fallando de manera más garantista para las familias de crianza (CC, 2016, aclaración de voto, Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva)

Este asunto se resolvió de manera tardía en la CC, en el año 2016, cuyos puntos centrales fueron: las familias de crianza cuando uno de los padres biológicos sigue con el menor y la pensión de sobreviviente para hijos de crianza y familia extensiva.

La CC (2016) concluyó que: i) no habían motivos para discriminar a los hijos de crianza, ii) debe darse una revaloración de la palabra "hijo", aunque en el caso no se aplique la figura puede entenderse que el abuelo era un co-padre, iii) la pensión de sobreviviente se puede otorgar a la familia extensiva, siempre que se demuestren los lazos y la asunción periódica de los gastos. (num. 5.1.2.) Esta fue una interpretación integradora y más favorable para la familia.

La CC y el CE venían desarrollando una línea más incluyente y acorde con las realidades de muchas familias. Solo hacía falta que la SL cambiara su precedente por razones de igualdad y no discriminación a otras familias. El cambio se profirió en 2020, haciendo un reconocimiento sobre las diversas formas de conformar una familia y la protección constitucional a cualquiera de ellas, la prevalencia de los derechos de los menores a tener una familia, a recibir cariño y atención y a que tales lazos se vean protegidos por las autoridades (SL, 2020a, p. 20)

Hizo un recuento de sus propios pronunciamientos como SL sobre esta materia y, paradójicamente, las interpretaciones más favorables se dan previo a la ley 797 de 2003

y, a partir de allí, se excluyen a los familiares de crianza bajo una interpretación legal de las fuentes (SL, 2020a, pp. 23-29) La Sala intenta remediar su postura y encaminar su precedente por uno más garantista para las familias,

La interpretación que hizo el Tribunal de la norma aplicable al caso, resulta restrictiva, y desconocedora de todo el componente de principios que informan el ordenamiento jurídico [...] en un sentido incluyente y finalista, la familia no está dada por una característica formal, sino por relaciones materiales en los que se consolidan lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia [...] (SL, 2020a, p. 40)

Con esta postura, puede decirse que las altas Cortes conceden una interpretación más ajustada a la Constitución y se alejan de la literalidad para darle paso a la inclusión. La SL no hizo un pronunciamiento sobre la pensión de sobreviviente en padres de crianza, pero es posible que, en futuras instancias, pueda apreciarse su reconocimiento de manera viceversa.

3.4. La acción de tutela como mecanismo garantista

En sus orígenes, se pretendió restringir la tutela contra providencias judiciales, particularmente en materia penal. La CC, en sentencia C-590 (2005b) declaró inexecutable esta norma y sentó las reglas de procedencia de la acción constitucional, bajo dos tipos de defectos:

Tabla 4.

Causales de procedencia excepcional de tutela contra providencias judiciales.

| Requisitos Genéricos (Todos deben cumplirse) | Requisitos específicos (Al menos uno debe cumplirse) |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Relevancia constitucional; 2. Previo agotamiento de medios de defensa –ordinarios y extraordinarios–, salvo para evitar un perjuicio irremediable; 3. inmediatez, (término razonable), 4. En irregularidades procesales, existencia de un efecto decisivo en la sentencia. 5. Identificar los hechos y los derechos vulnerados y que estos fueran alegados (si hubiere sido posible) y, 6. No tratarse de sentencias de tutela. | <ol style="list-style-type: none"> 1. defecto orgánico (falta de competencia) 2. defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento) 3. defecto fáctico (decisión sin fundamentación probatoria) 4. defecto o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales) 5. error inducido (decisión basada en el engaño de un tercero) 6. decisión sin motivación 7. desconocimiento del precedente de las Altas Cortes³, o 8. violación directa de la Constitución. |

Fuente: elaboración propia. Basadas en la sentencia C-590 de 2005, nums. 24-25.

Como puede verse, una de las causales de procedencia es el desconocimiento del precedente, pues con esto se afecta el derecho a la igualdad en el trato por parte de

³ Originalmente la C-590 de 2005 solo mencionó como causal de procedencia si se omitía la jurisprudencia de esa misma Sala, este criterio fue evolucionando y en la actualidad aplica para todos los órganos de cierre, además de obedecer el precedente horizontal y vertical, explicado en la tabla 2.

las autoridades judiciales (CC, 2015, num. 7.7.) Por otra parte, el defecto sustantivo ocurre cuando el juez: i) aplica una norma inexistente, derogada o declarada inexecutable, ii) no hace una interpretación sistemática cuando tiene el deber de hacerlo, iii) se fundamenta en una norma inadecuada para el caso concreto, iv) no logra ser congruente entre la motivación y la decisión, v) aplica una norma omitiendo los efectos establecidos por alguna de las Altas Cortes, vi) aplica normas abiertamente inconstitucionales, teniendo el deber de proferir excepción de inconstitucionalidad. (CC, 2019, num 5.1.; SL, 2020b, pp. 8-10)

Los anteriores casos compartieron un factor común: la necesidad de recurrir al juez de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, bien sea para proteger su derecho al trato igualitario (cuando la SL desconoce su propio precedente o el de la CC), o bien porque el accionante se considera sujeto de especial protección constitucional (menores, personas con discapacidad o madres cabeza de familia)

La tutela entonces, como mecanismo transversal en las historias que se mostraron a lo largo de este capítulo, da a entender que los jueces Laborales hacen una interpretación exegética de la norma, mientras que los constitucionales son más flexibles y ponderan los principios constitucionales. Mientras la SL se fundamenta en normas vigentes y mantiene un significado literal de las palabras, la CC recurre a instrumentos internacionales, a principios constitucionales y a la interpretación extensiva de las palabras (SL, 2021b, p. 23)

Conclusiones

Si bien los jueces están sometidos al imperio de la ley, el precedente viene posicionándose con mayor fuerza, entendiéndose como un criterio vinculante para los jueces desde la sentencia C-836 de 2001. El desconocimiento del precedente es una causal específica de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En materia laboral, la ley no es el único instrumento para dirimir conflictos. Además del precedente, el juez cuenta con otras instituciones, como: i) la protección a los sujetos de especial protección constitucional (ejemplo, los fueros por maternidad, discapacidad, prepensionados, la protección a las madres y padres cabeza de familia), ii) la Irrenunciabilidad de los derechos laborales (no solo los legales, también los convencionales), iii) los fallos ultra y extra petita, con el fin de asegurar las prestaciones no solicitadas y demostradas en el proceso, iv) aplicación al principio de favorabilidad, en caso de que existan dudas sobre la norma aplicable o cómo interpretar, y v) la condición más beneficiosa, que en materia de seguridad social, protege expectativas legítimas aunque no exista justificación legal (régimen de transición).

Algunos casos estudiados desconocen el precedente y dan aplicación a la ley sin hacer caso a las interpretaciones ofrecidas por las Altas Cortes, incluso a su propia sala. Este trabajo encontró discrepancias entre la prohibición (o no) de fallar ultra y extra petita en segunda instancia y en la valoración de la convención colectiva. Por ejemplo, en el valor otorgado a las convenciones colectivas. Mientras que la SL solo las aprecia como

soporte probatorio, la CC las incluye dentro de las fuentes formales, pudiendo interpretarla de manera más favorable en caso de duda. Incluso esta discusión se dió con la SC versus la SL, en el caso Emcali, donde una interpretación literal puso en desigualdad a varios ex trabajadores.

El papel que han desempeñado las acciones públicas ha sido decisivo para redireccionar las reglas procesales o conductuales del juez. Al ser más garantistas, las normas se interpretan a la luz de los derechos fundamentales y de la flexibilidad en favor de la "parte débil", que es el trabajador o pensionado. A lo largo del trabajo se pudo ver, a través de diversos casos, cómo la SL o los tribunales de la jurisdicción laboral – mediante decisiones legales– desconocieron derechos fundamentales que solo pudieron enmendarse vía tutela.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. *Secretaría Senado*.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html

Atienza, M. (2019, junio 06) Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico*.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>

Campos, E. P. (2013) *El realismo jurídico Norteamericano: escuela de derecho* [Tesis de pregrado] Repositorio Universidad de Chile

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

Congreso de la República (1887). Ley 57 de 1887, "Código Civil de los Estados Unidos De Colombia" *Secretaría Senado*.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República (2001). Ley 712 del 05 de diciembre de 2001. "Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo" *Secretaría Senado*.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0712_2001.html

Congreso de la República (1993) Ley 100 de 1993. *Secretaría Senado*.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la República (2003) Ley 707 de 2003, "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales." *Secretaría* *Senado.*

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Consejo Nacional Legislativo (1887) Ley 153, "Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887" *SIUN Juriscol.* <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>

Corte Constitucional (CC) (1994). Sentencia C-023 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-023-94.htm>

Corte Constitucional (CC) (1995a) Sentencia T-149 de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-149-95.htm>

Corte Constitucional (CC) (1995b) Sentencia C-168 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36034>

Corte Constitucional (CC) (1998). Sentencia C-662 de 1998. M. P. Hernando Herrera Vergara. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-662-98.htm>

Corte Constitucional (CC) (2000). Sentencia C-531 de 2000. M. P. Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-531-00.htm>

Corte Constitucional (CC) (2001a). Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional (CC) (2001b) Sentencia SU-1185 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1185-01.htm>

Corte Constitucional (CC) (2003). Sentencia C-968 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-968-03.htm>

Corte Constitucional (CC) (2005) Sentencia T-1291 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas
Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1291-05.htm>

Corte Constitucional (CC) (2005b) Sentencia C-590 de 2005. M. P. Jaime Córdoba
Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>

Corte Constitucional (CC) (2006) Sentencia T-221 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-221-06.htm>

Corte Constitucional (CC) (2007) Sentencia T-043 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-043-07.htm>

Corte Constitucional (CC) (2008) Sentencia T-018 de 2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-018-08.htm>

Corte Constitucional (CC) (2010). Sentencia T-100 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao
Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-100-10.htm>

Corte Constitucional (CC) (2011a) Sentencia C-816 de 2011. M. P. Mauricio González
Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>

Corte Constitucional (CC) (2011b) Sentencia T-167 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao
Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm>

Corte Constitucional (CC) (2011c). Sentencia T-559 de 2011. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-559-11.htm>

Corte Constitucional (CC) (2015). Sentencia SU-241 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz
Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU241-15.htm>

Corte Constitucional (CC) (2016) Sentencia T-074 de 2016.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-074-16.htm>

Corte Constitucional (CC) (2017) Sentencia SU-354 de 2017. M. P. Iván Humberto Escrucerà Mayolo.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>

Corte Constitucional (CC) (2019). Sentencia SU-267 de 2019. M. P. Alberto Rojas Ríos.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU267-19.htm>

Corte Constitucional (CC) (2021). Sentencia SU-027 de 2021. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU027-21.htm>

Cuéllar, M. A. y Palacio, E. (2017). Principio de irrenunciabilidad en la seguridad social y en el derecho del trabajo. *Repositorio institucional Universidad Libre*.

<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17481>

Cuervo, M. B. (2018). Análisis Jurisprudencial en Relación a la Protección Laboral Reforzada de la Mujer embarazada en Colombia. *Repositorio Universidad Católica de Colombia*.

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22939/1/An%C3%A1lisis%20Jurisprudencial%20en%20Relaci%C3%B3n%20a%20la%20Protecci%C3%B3n%20Laboral%20Reforzada%20de%20la%20Mujer%20Embarazada%20en%20.pdf>

López, D. (2006a) ¿Qué es la Seguridad Jurídica? Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/que-es-la-seguridad-juridica/>

López, D. (2006b). *El derecho de los Jueces*. Legis. https://www.academia.edu/34590343/EL_DERECHO_DE_LOS_JUECES

Miyagusuku, J. T. (2001) El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et Veritas* 11(22), 164-179. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15997>

Presidencia de la República (1948). Decreto-ley 2158 del 24 de junio de 1948. “Código procesal del trabajo y de la seguridad social” *Secretaría Senado*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html

Presidencia de la República (1950). Decreto 2663 del 05 de agosto de 1950. “Codigo Sustantivo Del Trabajo” *Secretaría Senado*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Puyo, J. (2007) Constitucionalización e internacionalización del derecho laboral en Colombia. *Repositorio institucional EAFIT*. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/470/Jimena_PuyoPosada_2007.pdf;sequence=1

Sala de Casación Civil (SC) (2017) Sentencia STC-20333-2017.

Sala de Casación Civil (SC) (2020) Sentencia STC-7797-2020.

Sala de Casación Laboral (SL) (2007) Sentencia del 14 de agosto de 2007, Rad. 28786.

M. P. Isaura Vargas Díaz.

Sala de Casación Laboral (SL) (2011) Sentencia del 19 de julio de 2011, Rad. 41119.

Sala de Casación Laboral (SL) (2018) Sentencia SL022-2018, Rad. 53695. M. P. Jorge

Mauricio Burgos Ruiz.

Sala de Casación Laboral (SL) (2020a) Sentencia SL1939-2020. M. P. Gerardo Botero

Zuluaga.

Sala de Casación Laboral (SL) (2020b) Sentencia SL7928-2020. M. P. Omar Ángel Mejía

Amador.

Sala de Casación Laboral (SL) (2021a). Sentencia SL116-2021 (Rad. 68963) M. P. Jorge

Prada Sánchez.

Sala de Casación Laboral (SL) (2021b). Sentencia SL174-2021 (Rad. 71673) M. P.

Jimena Isabel Godoy Fajardo.

Uprimny, R. y Rodríguez, A. A. (2008). *Interpretación Judicial. Módulo de autoformación*

(2a edición). Consejo Superior de la Judicatura. [https://www.plagios.org/wp-](https://www.plagios.org/wp-content/uploads/2020/10/Anexo-1.2-Rodrigo-Uprimny-y-Andre%CC%81s-)

[content/uploads/2020/10/Anexo-1.2-Rodrigo-Uprimny-y-Andre%CC%81s-](https://www.plagios.org/wp-content/uploads/2020/10/Anexo-1.2-Rodrigo-Uprimny-y-Andre%CC%81s-)

[Rodri%CC%81quez-Interpretacio%CC%81n-Judicial-CSJ-2008.pdf](https://www.plagios.org/wp-content/uploads/2020/10/Anexo-1.2-Rodrigo-Uprimny-y-Andre%CC%81s-Rodri%CC%81quez-Interpretacio%CC%81n-Judicial-CSJ-2008.pdf)

Uprimny, R. (2012). *Estado social de derecho y decisión judicial correcta*. Ediciones Universidad

del Rosario.

Urquijo, R. R. y Huertas, C. G. (2020). El desarrollo de la facultad ultra y extra petita en materia laboral en Colombia, Argentina, Bolivia y Mexico. *Repositorio UCC*.
<https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/32620>