

Sentencia T-1029/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La tutela contra providencia judicial procede siempre que se constate la observancia de ciertos requisitos generales de procedencia y se evidencie al menos un defecto específico en los fallos objeto de amparo.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

Las causales genéricas de procedencia de tutela contra providencia judicial son las que permiten el estudio del fallo en sede constitucional, dado que habilitan el uso de la acción contra los pronunciamientos de los jueces. “Se trata entonces de condiciones jurídicas generales que deben verificarse para que el juez de tutela pueda ingresar en el fondo del fallo que se impugna”. Estos requisitos implican un análisis de forma de la demanda de tutela que debe agotar el juez constitucional.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y RECURSO DE APELACION-Figuras jurídicas diferentes

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico. La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. En los eventos en que concurren la consulta y la apelación, el interesado tiene la libertad de decidir con qué etapa termina el proceso laboral, gracias a que en dichas ocasiones la primera institución es obligatoria y la segunda es facultativa cuando el fallo del a-quo es totalmente adverso al trabajador.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales específicas de procedibilidad

Una vez la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado el examen de procedencia general de forma completa, el juez constitucional tiene la facultad para analizar si en la decisión judicial se configura uno o varios de los requisitos especiales de

procedibilidad, que no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el centro de los cargos elevados contra la sentencia.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

El desconocimiento del precedente además de la afectación del derecho a la igualdad, también vulnera los principios de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima y de racionalidad. El defecto por desconocimiento del precedente horizontal se configura cuando el juez unipersonal o colegiado cambia su propia jurisprudencia, sin realizar la referencia expresa al precedente que sirvió de sustento para resolver casos análogos y exponer razones suficientes que ameriten el distanciamiento. Por el contrario el error no se presenta siempre que el funcionario jurisdiccional reconozca y señale las decisiones anteriores de las que se aparta, y argumente con suficiencia los motivos de su decisión. Ello sucede con un manejo legítimo del precedente, labor que obliga a que el juez i) se refiera al precedente anterior y ii) ofrezca un argumento suficiente para el abandono o cambio de la norma jurisprudencial.

DEFECTO SUSTANTIVO POR INDEBIDA O EQUIVOCADA INTERPRETACION DE LA LEY- Caracterización

Existe defecto sustantivo en una providencia judicial cuando el fallador interpreta una norma de manera abiertamente contraria a la Constitución, a la ley y a los antecedentes jurisprudenciales y, por ende, la interpretación hecha por el juez resulta inaceptable. El defecto sustantivo por interpretación puede configurarse por dos motivos: primero, porque el juez le otorga a la norma un sentido y alcance que ésta no tiene y, segundo, porque la autoridad le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero que contraviene postulados de rango constitucional.

INTERPRETACION DE LOS PACTOS DE DESREGULARIZACION SALARIAL

Los pactos de desregularización salarial no pueden lesionar derechos fundamentales del trabajador o principios constitucionales, verbigracia el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

PRIMA DE MOVILIZACION-Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá

El Tribunal Superior de Bogotá aplica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con el fin de indicar que la prima de movilización no constituía salario.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TRIBUNAL-Procede para la protección de derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad

PRECEDENTE HORIZONTAL DE LOS TRIBUNALES-Orden a Tribunal Superior para emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta el precedente horizontal sobre los pactos de desregularización salarial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que Tribunal Superior estimó que la prima de movilidad no constituía salario

Referencia: expediente T-3511909.

Acción de tutela instaurada por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Alexei Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela incoada por Manuel

Eduardo Fuentes Becerra contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

1. En el año 2003, el señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra ingresó a laborar a la empresa EMERMÉDICA S.A., por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de médico general, labor por la cual se pactó un salario de \$ 336.697.

1. En esa misma anualidad, el actor suscribió con su empleadora un otrosí¹ al contrato laboral en el cual se estipuló un pago mensual por concepto de gastos de movilización de \$ 1.260.438. Conforme a lo fijado en el negocio jurídico, las sumas de dinero derivadas del otrosí no constituían factor salarial.

1. En el año 2005, el solicitante presentó renuncia voluntaria a la compañía. Una vez aceptada la dimisión del empleo, EMERMÉDICA S.A. liquidó las prestaciones sociales del trabajador sin tener en cuenta el valor mensual pagado por concepto de gastos de movilización, ya que no era constitutivo de salario.

1. Como resultado de lo anterior, el actor y otros médicos que trabajaban en la sociedad anónima referida presentaron demandas ante la jurisdicción ordinaria laboral argumentando que los gastos de movilización sí tenían el carácter de salario y, en consecuencia debían ser tenidos en cuenta en la liquidación laboral.

1. El 4 de diciembre de 2009, el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones del tutelante por considerar que el otrosí al contrato, firmado por las partes, era válido a la luz de la ley laboral. Lo propio ocurrió en los demás procesos iniciados por los médicos excompañeros de trabajo del peticionario.

1. La apoderada del actor apeló el fallo. Empero, omitió sustentarlo, por lo que fue declarado desierto. La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta conoció de la demanda ordinaria interpuesta por el señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra.

1. El 19 de enero de 2012, la autoridad judicial demandada confirmó la decisión de primera instancia, al estimar que la prima de movilidad no constituía salario, porque las partes en los contratos de trabajo tienen la libertad para pactar que ciertas sumas de dinero hagan parte o no del salario. El Tribunal advirtió que dentro del expediente obran dos otrosí al convenio laboral pactados entre el señor Fuentes Becerra y EMERMÉDICA, en los que expresamente se señaló que el pago de movilidad no hace parte del salario. Para sustentar esa decisión, la referida Sala Laboral de Descongestión citó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia².

1. Simultáneamente, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en respuesta a los recursos de alzada presentados por los demás médicos, concedió las pretensiones de las demandas ordinarias³, al considerar que las sumas pagadas por gastos de movilidad era un factor constitutivo de salario.

1. Solicitud de Tutela.

1. El 28 de marzo de 2012, el señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra instauró acción de tutela contra la sentencia emitida en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de de Bogotá, porque esta autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, al incurrir en defectos por desconocimiento del precedente y sustantivo por indebida interpretación.

1. En primer lugar el peticionario afirmó que en el presente asunto se configuran los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial.

1. Respecto de los defectos específicos, el petente señaló que en el caso concreto se configuran:

1. Un desconocimiento del precedente horizontal y vertical, en razón de que la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá no atendió la jurisprudencia de las Salas Laborales de esa misma Corporación y de la Corte Suprema de Justicia que establece los límites que tienen las partes en los contratos laborales al estipular cláusulas de desregulación salarial, por ejemplo, la ineficacia a los pactos que eliminan la naturaleza de salario a un pago que posee tal connotación.

De una parte, el actor afirmó que la autoridad judicial demandada desechó la jurisprudencia establecida por otra Sala de ese mismo Tribunal que señaló, en procesos iniciados por médicos que fueron excompañeros de trabajo del actor, que el gasto de movilización sí constituía salario, porque era una suma pagada como prestación directa del servicio de los trabajadores⁴. En esas oportunidades, la Sala Laboral sustentó su posición en que EMERMÉDICA colocaba a disposición de los profesionales de la salud los vehículos para que ellos prestaran el servicio, al punto que los empleados no debían sufragar suma alguna de dinero para desempeñar su labor. Por tanto el pago de movilización exclusivamente se pagaba a título de salario y no para costear gastos de transporte. Así mismo, advirtió que en las sentencias, los jueces señalaron que los gastos de movilidad eran una suma constante

que recibían los trabajadores y que superaba de forma desproporcionada el salario pactado.

De otra parte, el solicitante sostuvo que con la decisión de negar las pretensiones de la demanda, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá desconoció la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que aduce que son ineficaces los “acuerdos que buscan disfrazar como sumas no salariales conceptos que se cancelan mensualmente y que gozan de los elementos constitutivos de salario”⁵.

El actor concluyó que esta omisión vulneró su derecho a la igualdad, debido a que la sentencia impugnada no se dirimió como en otras ocasiones teniendo en cuenta la jurisprudencia de las Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1. Defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, comoquiera que el Tribunal accionado en contravía de la Constitución y los derechos fundamentales del actor aceptó que un texto contractual quitara el carácter de salario a un pago que revestía dicha naturaleza. Según el tutelante, esta postura vulneró el artículo 53 de la Carta Política “ya que no dio aplicación a los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y a la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

1. Por lo anterior, el accionante solicitó que se ordene la revocatoria de la sentencia expedida en el grado jurisdiccional de consulta por la autoridad judicial demandada, y se declare que el gasto de movilización es salario.

1. Intervención de la parte demandada.

1. Catalina Ramírez Villanueva, Magistrada de la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, se opuso a la tutela argumentando que la conducta del Tribunal no constituyó defecto alguno que viciara la sentencia. Estimó que el juez colegiado actuó conforme al ordenamiento jurídico, aplicando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con el fin de indicar que la prima de movilización no constituía salario⁶. Especialmente, señaló que la decisión del Tribunal se fundó en una interpretación razonable de las normas laborales (artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo), la cual se encuentra cobijada por los principios de autonomía e independencia judicial. Lo que realmente existe es una divergencia de interpretación entre el demandante y el juez colegiado demandado que no genera defecto alguno en la providencia impugnada, de modo que el amparo es improcedente.

Adicionalmente, la autoridad judicial accionada precisó que no se configuró el yerro de desconocimiento del precedente, toda vez que la Sala Laboral de Descongestión no estaba obligada a seguir la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Lo antepuesto, en razón de que cada juez tiene autonomía para decidir los asuntos sometidos a su competencia.

1. Intervención de tercero con interés.

1. Juan Pablo López Moreno, apoderado especial de EMERMÉDICA, solicitó negar el amparo bajo los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, advirtió que el solicitante pretende revivir términos y subsanar las omisiones procesales de su apoderado, quien omitió sustentar el recurso de apelación. Esta falta de diligencia no puede ser corregida por la acción de tutela. Advierte que no interponer el recurso de alzada conllevó a que se configurara un hecho superado, porque el actor “decidió estarse a lo decidido” en la sentencia de primera instancia.

1. En segundo lugar, el apoderado afirmó que el actor, con la demanda constitucional, trata

de pasar por alto los principios “de independencia judicial, la autonomía en las decisiones y el principio de libre formación del convencimiento consagrado de la ley” y convertir la tutela en una tercera instancia. Sobre el particular, el profesional en derecho estimó que el Tribunal Superior de Bogotá concluyó, con base en las pruebas del plenario, que la prima de movilización no constituía salario, comoquiera que dicho pago tenía la finalidad de que el médico se desplazara de forma cómoda, segura y oportuna de su residencia a su lugar de trabajo, sin que constituyera remuneración de los servicios prestados. Bajo esta perspectiva el tutelante no puede alegar que el fallo atacado hubiese vulnerado sus derechos fundamentales.

1. Subsiguientemente, señaló que la Salas de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional⁷ han resaltado que la acción de tutela contra providencias judiciales es improcedente, salvo que se configure una vía de hecho en el fallo objeto de censura, es decir, “que luzca abiertamente y antojadiza la decisión adoptada”. Sin embargo, el abogado adujo que la vía de hecho no puede ir contra la valoración normativa y probatoria del juez ordinario, en la medida que los jueces se encuentran dotados del principio de autonomía. De hecho, el funcionario judicial de amparo al estudiar las demandas de tutela debe concentrarse en verificar si existe vulneración a los derechos del interesado, sin evaluar la decisión ordinaria. Por eso, la existencia de divergencias interpretativas sobre las normas entre las autoridades judiciales y las partes del proceso no implica la configuración de una vía de hecho, tal como ocurre en el presente caso. En este punto, cita in-extenso la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁸.

1. Sentencia de tutela de primera instancia.

1. En sentencia proferida el 17 de abril de 2012, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió negar el amparo, dado que en el caso concreto no observó la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del actor.

1. Para la Corte Suprema de Justicia, el juez de primera instancia del trámite ordinario adelantó el juicio con el respeto al derecho al debido proceso, “agotando cada una de las etapas procesales, permitiendo la controversia de pruebas y el uso de los recursos, cosa diferente es que el apoderado del actor no haya sustentado el recurso de apelación lo que llevó a que el despacho judicial remitiera el proceso al superior, con el fin de que conociera en grado jurisdiccional de consulta”.

1. Al mismo tiempo, la Sala de Casación Laboral estimó que no se vulneró el derecho a la igualdad del actor por el desconocimiento del precedente, porque la Sala de Descongestión Laboral demandada no estaba conformada por los mismos magistrados que emitieron los fallos en los procesos de los excompañeros de trabajo del actor. Es más, advirtió que la disparidad de criterios entre una y otra Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se encuentra permitida en aplicación del principio de independencia judicial.

1. Impugnación del fallo de primera instancia.

1. Manuel Eduardo Fuentes Becerra, impugnó la sentencia por las siguientes razones:

1. Para el accionante, el juez de primera instancia del proceso de tutela analizó de forma somera el caso sometido a su disposición, en la medida que estudió si el fallo emitido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá vulneró los derechos fundamentales del peticionario, pasando por alto que la acción constitucional únicamente se encuentra dirigida a atacar la providencia derivada del grado jurisdiccional de consulta. Así mismo cuando se revisó la providencia objeto de censura, el a-quo se limitó a señalar que la apoderada del demandante no sustentó el recurso de apelación, olvidando pronunciarse sobre el defecto por desconocimiento del precedente.

1. Según el petente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con su decisión desnaturalizó la finalidad de la consulta, la cual responde a proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador. Ello sucedió al considerar que una sentencia que avaló el pacto de exclusión del salario del pago de movilización suscrito entre el señor Fuentes Becerra y EMERMÉDICA no afectó los derechos fundamentales del trabajador.

1. Por último, el solicitante señaló que la propia Sala de Casación Laboral desconoció su jurisprudencia al negar el amparo, puesto que la tesis defendida en la demanda sobre el carácter salarial de la prima en discusión fue acompañada por las sentencias del 29 de enero de 1997⁹, del 10 de Julio de 2006¹⁰ y del 19 de febrero de 2009¹¹, proferidas por la Corte. Al igual adujo que relevar a la autoridad judicial demandada de utilizar las decisiones de otra Sala de decisión del mismo tribunal significa autorizarla para no aplicar la totalidad del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹².

1. Sentencia de segunda instancia.

1. El 24 de mayo de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia, con sustento en que la decisión cuestionada no vulneró los derechos del demandante, comoquiera que explicó razonablemente los motivos que sirvieron de fundamento para confirmar la sentencia proferida por el juzgado laboral. De hecho, para la Sala, el Tribunal accionado usó la normatividad jurídica aplicable al asunto sometido a debate, entre ellos el Código Sustantivo del Trabajo y la sentencia de casación laboral del 29 de julio de 2009. Así mismo, señaló que la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá no afectó el derecho a la igualdad del solicitante al desconocer las sentencias de otra Sala de esa Corporación, ya que cada juez “resuelve de manera autónoma, independiente, de acuerdo con lo probado en el respectivo proceso”.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El proceso de revisión de tutela fue inicialmente sustanciado por el magistrado Alexei Julio Estrada. Sin embargo, ese proyecto de sentencia no fue aceptado por la mayoría de la Sala, de modo que se designó al magistrado Luis Ernesto Vargas Silva como nuevo ponente.

Problemas jurídicos.

(i) ¿una sentencia emitida en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral cumple con el principio de subsidiariedad, a pesar de que no se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia?

Luego de ello, solo en caso de que establezca que la acción es procedente, la Sala deberá analizar si ii) se configuró un defecto por desconocimiento del precedente, comoquiera que la autoridad judicial demandada no atendió la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que en supuestos fácticos análogos determinó que el gasto de movilización era factor salarial; y iii) se conformó un defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, porque la Sala de Descongestión Laboral consideró que la facultad de las partes de los contratos de trabajo en los pactos de desregularización salarial es absoluta, y que dichas estipulaciones son válidas con el simple acuerdo entre el patrono y el empleado.

1. Para abordar los problemas descritos, la Sala comenzará por confirmar la jurisprudencia en

materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En especial, precisará el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en los fallos emitidos en el grado jurisdiccional de consulta en materia laboral. Más adelante, señalará los defectos específicos que hacen procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre el particular esta Corporación se detendrá en los yerros por desconocimiento del precedente y sustantivo. A continuación, hará referencia al salario y los pactos de desregularización salarial a partir de la interpretación constitucional y legal que ha realizado la jurisprudencia y la doctrina. Finalmente, llevará a cabo el análisis del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

1. Esta Corporación ha señalado de forma reiterada¹³ que la acción de tutela es una herramienta procesal constitucional que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en determinados casos, de manera que las decisiones de los jueces son susceptibles de ser impugnadas por vía de amparo.

1. En desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. No se puede olvidar que la legitimidad del Estado Social de Derecho se concreta en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

1. La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de compatibilidad constitucional, que consisten en: "(i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del

debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución” 14. Si la decisión judicial cuestionada acredita con suficiencia estos presupuestos de legitimidad, el juez constitucional se encuentra impedido para modificar la decisión. Si sucede lo opuesto, el juez de tutela tiene la obligación de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto.

Estas premisas se oponen a que se use indebidamente el amparo como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron origen a la controversia, puesto que las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con relación al ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se desconoce que pueden subsistir casos en los que, agotados dichos medios de defensa, persiste la arbitrariedad judicial. En esos especiales eventos se habilita la protección constitucional.

Así las cosas, la tutela contra providencia judicial procede siempre que se constate la observancia de ciertos requisitos generales de procedencia y se evidencie al menos un defecto específico en los fallos objeto de amparo.

Causales genéricas de procedencia de tutela contra providencias judiciales:

1. Las causales genéricas de procedencia de tutela contra providencia judicial son las que permiten el estudio del fallo en sede constitucional, dado que habilitan el uso de la acción contra los pronunciamientos de los jueces. “Se trata entonces de condiciones jurídicas generales que deben verificarse para que el juez de tutela pueda ingresar en el fondo del fallo que se impugna”¹⁵ Estos requisitos implican un análisis de forma de la demanda de tutela que debe agotar el juez constitucional.

1. Las causales generales de procedibilidad son:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.”¹⁶

1. Al respecto, la Sala precisa que la subsidiariedad obliga al actor a promover los recursos e instancias que tuvo a su disposición en el proceso objeto de análisis, dado que el amparo debe respetar las reglas de competencia asignadas por el ordenamiento jurídico a los jueces naturales. Esta condición tiene excepciones, que consisten en que: i) el medio judicial existente carezca de idoneidad, además de eficacia para proteger los derechos fundamentales del actor; y ii) el amparo se utilice con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

La Corte ha recalcado que el principio de subsidiariedad adquiere relevancia en la acción de tutela contra providencias judiciales. Por ello, ha advertido que el examen de la subsidiariedad en las acciones dirigidas a enervar las decisiones judiciales es más estricto que en otros casos en los que los ciudadanos utilizan ese mecanismo de defensa judicial.

1. Por consiguiente, la acción de tutela contra providencia judicial procede excepcionalmente, de modo que requiere el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo expuesto se sustenta en la distribución de competencias asignada por la constitución a los jueces ordinarios, además en la naturaleza principal de las herramientas procesales establecidas en la legislación. De donde se sigue que, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente.

Cumplimiento del principio de subsidiariedad en las providencias emitidas en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral.

1. La Sala advierte que existe una controversia sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad de las tutelas que se promueven contra las sentencias emitidas en ejercicio del grado jurisdiccional de la consulta, porque en estos eventos no se interpuso la apelación. Para establecer si se satisfizo el requisito mencionado, la Corte estudiará la naturaleza de ese instituto procesal, el concepto, los fines que persigue y las causales que lo activan. Además precisará la relación entre la consulta y la apelación, así como los efectos que tiene sobre la subsidiariedad no proponer la alzada en el proceso laboral. Con base en ello, esta Corporación concluirá que las demandas de tutela que se interponen contra las sentencias emitidas en el grado jurisdiccional de consulta sobrepasan la regla de subsidiariedad, a pesar de que no se interpone la apelación.

1. La consulta tiene sustento constitucional, pues el artículo 31 de la Carta Política¹⁷ prevé esa institución procesal como una de las manifestaciones de la doble instancia. En efecto puede decirse que tal herramienta tiene un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa¹⁸. Así mismo, la consulta desarrolla el principio superior consagrado en el artículo 53, que expresa que deben protegerse los derechos mínimos, ciertos, indiscutibles e irrenunciables de los trabajadores, toda vez que este grado jurisdiccional procede cuando las sentencias de primera instancia “fueren totalmente adversas a las pretensiones del

trabajador”, siempre y cuando dicha providencia no haya sido apelada. El origen y fundamento de la consulta atribuyen al juez laboral la función de ser el garante de los derechos fundamentales del trabajador. En cumplimiento de esa potestad, el funcionario jurisdiccional debe interpretar y aplicar normas constitucionales al revisar los fallos dictados por el a-quo.

1. La sentencia C-968 de 2003¹⁹ definió la consulta como “una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo”. Este significado implica que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere de petición o de acto procesal alguno de la parte en cuyo favor ha sido instituida para que el juez pueda asumir la revisión del asunto. La Corte Constitucional ha aclarado que la consulta no es un recurso sino un grado jurisdiccional, que permite al juez de segunda instancia acceder a un asunto²⁰.

En este sentido, la sentencia C-055 de 1993 señaló que esa figura procesal se activa directamente por ley, puesto que suple la inactividad de las partes al no interponer el recurso de apelación. Entonces, al no requerir acto procesal para que opere, el juez carece de límite para evaluar la decisión de primera instancia, es decir, que cuenta con la competencia de estudiar todo el fallo. De allí que, el principio non reformatio in pejus no es aplicable en la consulta²¹.

Adicionalmente, la finalidad del mencionado grado jurisdiccional responde a garantizar los derechos de las personas involucradas en el proceso, ya sea el trabajador o las entidades públicas²²: “Si la consulta la ubica el legislador dentro de la jurisdicción y no dentro de la competencia, quiere decir eso que la integra como elemento esencial de la administración de justicia, de la potestad de juzgar, con los elementos propios de la jurisdicción uno de los cuales es la NOTIO, es decir la flexibilidad necesaria para ordenar y dirigir la actuación, ‘ordenatio iudicci’. Dentro de la actual Constitución Política, ello significa la búsqueda de un orden justo y la prevalencia de lo sustancial sobre lo simplemente procesal. Se puede afirmar también que al quedar ubicada la consulta en materia laboral dentro de la jurisdicción, eso

implica un verdadero amparo para determinadas entidades de derecho público y para el trabajador a quien la decisión de un juez de primera instancia le desconoce la totalidad de la “causa petendi”²³,

1. El legislador estableció la consulta en materia laboral en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo²⁴. Esta norma señala que existirá ese grado jurisdiccional cuando las sentencias de primera instancia: i) fuesen totalmente adversas a las pretensiones del trabajador; o ii) contrarias a las peticiones de la Nación, el departamento o el municipio; y iii) sin importar el afectado, no fueron objeto de apelación. Las referidas causales de procedencia del grado jurisdiccional cuentan con finalidades diferentes. En la primera, se pretende “proteger los derechos ciertos del trabajador, asegurando la aplicación real de justicia en los casos concretos”²⁵. En la segunda, se busca salvaguardar “la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio”²⁶.

1. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico²⁷. “De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”²⁸.

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin²⁹. En efecto, ese grado jurisdiccional “es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P.”³⁰.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia³¹. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo³², norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”³³.

1. Con base en lo anterior, la Sala considera que las tutelas que se presentan contra las sentencias emitidas en el grado jurisdiccional de consulta cumplen con el requisito de subsidiariedad, a pesar que no se hubiese interpuesto el recurso de apelación. Esta regla se observa en las dos causales que abren la puerta a ese instituto procesal. Lo antepuesto se sustenta en que: i) la consulta es una forma diferente, independiente y excluyente de terminar el proceso laboral a la que se produce con el trámite del recurso de apelación; y ii) en virtud del principio de igualdad el funcionario jurisdiccional de tutela puede acceder al estudio de las tutelas promovidas contra las sentencias de consulta, en los eventos en que los fallos de primera instancia del proceso laboral fueron revisados por ser contrarios al trabajador, en razón de que el juez constitucional ha aceptado el cumplimiento del principio de subsidiariedad cuando se promueve la tutela contra las sentencias expedidas en consulta, en la hipótesis en que se estudió una providencia adversa a la entidad territorial.

En primer lugar, la Corte precisa que el juez de tutela no puede evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad de la demanda constitucional contra la sentencia proferida en consulta con la ausencia del recurso de apelación, dado que son dos formas diferentes e independientes de terminar un proceso. Basta recordar que ese grado jurisdiccional solo se adelanta cuando no se interpone la apelación, pues son instituciones excluyentes que no son coexistentes. Por lo tanto, el juez de tutela incurriría en error al no estudiar una decisión adoptada en consulta cuando no se interpuso la apelación, toda vez que en ese caso la apelación es una etapa procesal potestativa para la parte derrotada. La consulta es uno de los caminos en que el proceso llega a su fin, pues la sentencia de primera instancia solo queda ejecutoriada cuando se surte dicho grado jurisdiccional. De hecho, es un instituto

ineludible cuando ocurren las causales de su procedencia.

Al respecto, esta Corporación subraya que el funcionario jurisdiccional que estudia la demanda de tutela no puede considerar negligente al litigante que omitió apelar la decisión de primera instancia adoptada en un proceso laboral y que prefirió que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, comoquiera que son opciones que el libelista tiene para configurar su estrategia de litigio. En los eventos en que concurren la consulta y la apelación, el interesado tiene la libertad de decidir con qué etapa termina el proceso laboral, gracias a que en dichas ocasiones la primera institución es obligatoria y la segunda es facultativa cuando el fallo del a-quo es totalmente adverso al trabajador.

Por las razones mencionadas, la Sala Octava de Revisión se aparta de lo establecido por la sentencia T-231 de 201234, providencia en que la Corte declaró improcedente la demanda de tutela promovida contra una sentencia de consulta por no cumplir el principio de subsidiariedad, ya que la actora no interpuso el recurso de apelación. En esa oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión adujo que “del estudio del proceso, resulta palmario que la señora Ubaldina Vergel de Bautista dentro del proceso ordinario laboral, no utilizó todos los medios judiciales que tenía a su alcance para controvertir las decisiones que son objeto de reproche constitucional, específicamente, el recurso de apelación. En efecto, se tiene que si bien contra la sentencia desfavorable a la accionante (demandante en el proceso ordinario laboral) del 30 de julio de 2009, en la cual el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté desestimó sus pretensiones, se interpuso el recurso de apelación, este no fue oportunamente sustentado dejando sin la posibilidad de llevar el caso ante una segunda instancia. Si bien hubo revisión de la decisión de primera instancia por el superior, confirmatoria de la del a quo, tal situación no excusa el deber que incumbe al demandante de interponer el recurso de apelación que tenía a su alcance en aras de satisfacer el requisito de subsidiariedad a q que alude la jurisprudencia de la Corte”.

Sí se sostiene que la apelación es indispensable para satisfacer el principio de subsidiariedad, entonces ninguna sentencia proferida en consulta es susceptible de tutela. Ello es así, porque ese instituto procesal se activa en los eventos en que los afectados fueron derrotados en todas sus pretensiones y no interpusieron la apelación. Esta es una conclusión contraria a la jurisprudencia de esta corporación, en la medida que la Sala Plena de la Corte ha señalado³⁵ que cualquier decisión tomada por las autoridades judiciales puede ser examinada si afecta

derechos fundamentales de los ciudadanos, circunstancia que torna procedente el amparo contra tal providencia.

Es necesario aclarar que en las situaciones en que la norma admite diversas interpretaciones como ocurre en la subsidiariedad de la consulta, es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos³⁶. Lo expuesto en razón de que así se preserva al máximo las disposiciones emanadas del legislador, y el principio democrático. En el caso de las normas procesales y de orden público se debe privilegiar el acceso a la administración de justicia, además de los presupuestos que orientan el debido proceso. Por consiguiente, debe preferirse la postura que evidencia el cumplimiento del principio de subsidiariedad en las tutelas contra las providencias emitidas en el grado jurisdiccional de consulta, instituto en el que se analizaron las decisiones del juez laboral de primera instancia que fueron contrarias a los intereses de las entidades territoriales o del trabajador, aun cuando dichas sentencias no fueron apeladas.

En segundo lugar, la Corte ha admitido tutelas que se dirigen contra las sentencias de consulta, grado jurisdiccional que se activó porque las providencias de primera instancia fueron totalmente adversas a los entes territoriales³⁷ y no fueron apeladas. En dichas oportunidades, las Salas de Revisión no exigieron el recurso de alzada para señalar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. De hecho han considerado que esa regla formal se observa en esos casos. Esta Corporación subraya que no existe una diferencia justificable para tratar de manera disímil las demandas contra los fallos proferidos en consulta cuando ésta se activo por sentencias adversas a la persona jurídica estatal o al trabajador, comoquiera que hacen parte de la misma institución y persiguen fines legítimos a nivel constitucional. En la primera causal se protege el tesoro público, mientras en la otra se salvaguardan los derechos irrenunciables y fundamentales de la parte más débil de la relación laboral, el trabajador. La Corte subraya que en las dos causales de procedencia de la consulta las partes derrotadas no propusieron la apelación, de modo que en ellas es evidente la ausencia del recurso de alzada.

La Sala considera que no existe justificación alguna para que el juez constitucional trate de manera distinta las referidas hipótesis que activan el mencionado grado jurisdiccional. La ausencia de razones que sustenten la carga argumentativa para dar un trato diferente a situaciones similares como son los supuestos que impulsan la consulta, significa la afectación

al derecho a la igualdad. En consecuencia, la Corte debe comportarse de la misma forma ante las dos causales que activan el instituto procesal analizado con el fin de no quebrantar el principio a la igualdad.

Además, se advierte que todo juez debe aplicar normas constitucionales en las decisiones que profiere. La Carta Política es objeto de interpretación y de unificación del Tribunal Constitucional a través de las sentencias de tutela y de constitucionalidad. Por ende, esta Corporación puede conocer de cualquier decisión emitida por los funcionarios jurisdiccionales. No existe argumento para excluir de esa competencia a los fallos emitidos en consulta, más cuando entre las materias de ese grado jurisdiccional se hallan los derechos irrenunciables del trabajador³⁸. En virtud del derecho a la igualdad, la Corte tiene la facultad para estudiar los posibles defectos que adolecen las sentencias emitidas en consulta, tal como sucede con las demás providencia.

1. En suma, la Sala concluye que las demandas de tutela que se dirigen contra los fallos expedidos en consulta en materia laboral satisfacen el principio de subsidiariedad, así no se hubiese promovido el recurso de apelación, porque es una forma de agotar el proceso ordinario y una estrategia legítima de litigio de la parte, que no puede considerarse como negligencia. De hecho la apelación no es necesaria para agotar todos los mecanismos jurídicos del proceso ordinario que tiene a disposición el interesado, cuando procede la consulta. Esta es una interpretación que respeta las competencias de Corte Constitucional y los principios establecidos en la Carta Política.

Causales específicas de procedencia tutela contra providencias judiciales.

1. Una vez la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado el examen de procedencia general de forma completa, el juez constitucional tiene la facultad para analizar si en la decisión judicial se configura uno o varios de los requisitos especiales de procedibilidad, que no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que

se impugna, y que constituyen el centro de los cargos elevados contra la sentencia. Estos han sido sintetizados así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.”³⁹

La Sala precisa que la obligación de los demandantes en una acción de tutela contra providencias judiciales se materializa en señalar con precisión cuáles son los hechos vulneradores de sus derechos fundamentales, y no en etiquetar o establecer exactamente qué defecto constituye. Esto último es competencia de la Corte Constitucional, quien a partir

del supuesto fáctico planteado en la demanda, tiene la competencia para determinar con precisión de qué irregularidad adolece el fallo impugnado⁴⁰.

En este punto, atendiendo los hechos del caso, la Corporación considera necesario realizar una caracterización de los defectos por desconocimiento del precedente y sustantivo.

Caracterización del defecto por desconocimiento del precedente.

1. La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes. De esta manera, ha advertido que los principios de autonomía e independencia judicial tienen límite en mandatos constitucionales, que obligan a que los jueces, al decidir los asuntos sometidos a su competencia, tengan en cuenta tanto el precedente de los tribunales de cierre como el dictado por ellos mismos. Sin embargo, esta vinculatoriedad de la jurisprudencia no es absoluta, pues el funcionario judicial puede apartarse de las decisiones judiciales anteriores siempre y cuando presente la argumentación suficiente para tal fin. Bajo esta óptica, la Sala resaltará varios elementos respecto del concepto del precedente, su obligatoriedad para los jueces, y las implicaciones de su desconocimiento como causal de procedibilidad de la acción de tutela.

El concepto de precedente.

1. En primer lugar, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”⁴¹. Así mismo, ha explicado que no toda la sentencia es considerada como vinculante, pues todo el contenido de ésta no puede adquirir dicho carácter. Para ello ha advertido que un fallo se compone de tres elementos que consisten en⁴²: i) la decisión del caso o *decisum*, ii) las razones directamente vinculadas de forma directa y necesaria con la decisión o *ratio decidendi* y iii) los argumentos accesorios utilizados para dar forma al fallo judicial, conocidos como *obiter dicta*⁴³. De estos, solo la *ratio decidendi* constituye precedente.⁴⁴

La Corte ha señalado que una sentencia antecedente es relevante para la solución de un caso, cuando presenta alguno de los siguientes aspectos (o todos ellos):

“i. En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.

ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante (a la que se estudia en el caso posterior).

i. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”⁴⁵.

El deber de aplicación del precedente jurisprudencial.

1. Para los jueces el deber de acatar el precedente se sustenta en el ordenamiento jurídico y de forma expresa en los principios de igualdad, de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima, además de racionalidad y razonabilidad.

Inicialmente, la obligación que tiene el funcionario que administra justicia de aplicar la jurisprudencia se encuentra en el artículo 230 de la Constitución Política, en la medida que esa norma señala que los jueces están sujetos al imperio de la ley. En sentido lato, ese mandato implica que el funcionario jurisdiccional en sus decisiones debe utilizar todo el ordenamiento jurídico, dentro del cual se halla el precedente judicial⁴⁶, dado que “los fallos de las autoridades llamadas a asegurar la protección de los derechos de las personas, o llamadas a definir la interpretación normativa para casos concretos, delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico”⁴⁷.

Al mismo tiempo, la fuerza vinculante de las decisiones de los jueces es la respuesta del derecho a las diversas formas en que esos servidores públicos realizan la interpretación sobre las normas. Incluso, en las escuelas del positivismo metodológico se ha comprendido que de la hermenéutica de un texto jurídico surge otra norma, la cuál puede ser diferente

dependiendo del intérprete⁴⁸. La situación descrita implica “que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”⁴⁹.

Lo expuesto evidencia que el juez al decidir un caso sometido a su competencia se encuentra en una tensión entre el principio de autonomía judicial y el derecho a la igualdad. El primero faculta al funcionario jurisdiccional a resolver los asuntos conforme a su convencimiento jurídico, sin que estén obligados a decidir de forma semejante a como lo hicieron en ocasiones previas⁵⁰. El segundo impone al referido servidor público el deber de fallar de la misma manera casos similares. Este choque se soluciona con la armonización de esos principios, la cual se materializa con la vinculación relativa del precedente y, la correspondiente posibilidad de apartarse del mismo con la debida fundamentación. Así, el funcionario judicial tiene el deber de obedecer las decisiones anteriores, es decir, respetar el derecho a la igualdad, pues la jurisprudencia es un material relevante para que el juez dicte sentencia en los asuntos concretos⁵¹. No obstante, la sujeción del funcionario jurisdiccional a sus fallos previos no es absoluta, en la medida que él puede separarse de aquellos presentando la respectiva argumentación. Esto significa la salvaguarda de la autonomía judicial, en razón de que el juez puede darle prevalencia a su convencimiento y no al precedente expresando la correspondiente justificación.

Esta armonización implica que la vinculatoriedad el precedente es relativa. Por eso, para el juez el precedente no es una camisa de fuerza y no existirá violación del derecho a la igualdad en las situaciones en que el funcionario judicial presente justificación al apartarse de sus decisiones previas o de los órganos de cierre⁵², en razón de que mostrará los motivos por los cuales los casos no pueden resolverse de la misma forma o es necesaria una corrección jurídica. Ello evita la petrificación de ciertas posiciones y promueve la práctica saludable de la jurisprudencia. Esta postura se basa en una evolución de las posiciones judiciales sobre un tema, en la construcción de un marco jurídico que tenga como base la jurisprudencia democrática y en el principio de la autonomía funcional del juez.

A juicio de la Sala, el desconocimiento del precedente además de la afectación del derecho a la igualdad, también vulnera los principios de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima y de racionalidad de la siguiente forma:

“ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; (...); iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”

Por consiguiente, la actividad judicial tiene la posibilidad de quebrantar varios principios constitucionales. De ahí que su ejercicio fundado en la autonomía cuenta con límites constitucionales que se manifiestan en el deber de aplicar y utilizar el precedente.

El precedente horizontal.

1. La Corte ha sostenido que la obligatoriedad del precedente puede presentarse en dos dimensiones⁵³: i) uno horizontal que exige acatar los pronunciamientos del mismo juez o de corporación judicial de similar jerarquía; y ii) otro vertical que obliga a aplicar las decisiones de un funcionario o Corporación judicial de superior jerarquía. En esta ocasión, la Sala únicamente se pronunciará sobre el precedente horizontal, de acuerdo a las particularidades del caso y a los problemas jurídicos planteados.

1. El precedente horizontal exige que el juez unipersonal o colegiado siga sus propias decisiones, al resolver un caso sometido a su competencia. Este imperativo no ordena otra cosa que las autoridades judiciales sean consistentes y uniformes con los fallos adoptados por ellas mismas. Sin embargo, el funcionario jurisdiccional no se halla totalmente atado a sus decisiones anteriores, toda vez que puede apartarse de sus sentencias siempre que de forma razonada motive su distanciamiento.

1. En la sentencia T-688 de 200354, la Corte analizó el alcance de la fuerza vinculante del precedente horizontal. En esa oportunidad, afirmó de manera categórica que las salas de un tribunal deben seguir el precedente dictado por sus similares de la misma corporación⁵⁵. Esta hipótesis tiene asidero siempre que los supuestos fácticos y jurídicos sean análogos.

La Sala Séptima de Revisión sustentó su posición en dos argumentos. En primer orden advirtió que conforme a la estructura de los tribunales del país, los magistrados conocen las decisiones que adopta la corporación a la que pertenecen. Ello ocurre, porque un funcionario jurisdiccional es presidente de una sala, y a la vez participa en la otra. De esta manera, “el modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala X, será defendida por sus integrantes en las salas en que ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia de cada tribunal del país”⁵⁶.

En segundo orden, la Corte reiteró que los tribunales tienen la función de unificar el derecho en los procesos que no son pasibles de casación, de modo que en esos eventos la corporación respectiva no puede abandonar su función de tribunal de cierre, es decir, desatender su deber de definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción y desconocer su mismo precedente. Así, “resulta claro que los Tribunales, no sus salas de manera individual, asumen la tarea de unificar la jurisprudencia dentro de su jurisdicción. Ello demanda que se fijen posturas claras y precisas frente a los distintos dilemas hermenéuticos sometidos a su consideración”⁵⁷. Esta labor implica que cada sala debe conocer las decisiones de las otras, debido a que solo con estar al tanto de las demás providencias se facilita la unificación de las interpretaciones del ordenamiento jurídico. La función de homogenización de las posiciones jurídicas que realizan los tribunales como corporación es opuesta a la diferencia de los pronunciamientos judiciales de cada sala, de modo que sería contradictorio cumplir con la labor de unificación a partir del desconocimiento de otras decisiones que tienen la misma finalidad. Por tanto, los jueces que fungen como tribunal de cierre deben observar sus decisiones anteriores con el objeto de contribuir a la seguridad jurídica. La anterior regla jurisprudencial se reiteró en las sentencias T-698 de 200458 y

T-918 de 201059.

Con base en los anteriores razonamientos “la [C]orte ha concluido que a los tribunales le son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable”⁶⁰ con el fin de identificar si se configura el defecto de desconocimiento del precedente.

En primer lugar, el uso adecuado y legítimo del precedente horizontal otorga coherencia al sistema de derecho, puesto que el juez sigue los criterios jurídicos anteriores. Lo propio ocurre, cuando el funcionario judicial abandona decisiones previas, porque presenta la correspondiente carga argumentativa para desechar una hermenéutica. Cuando ello sucede, el funcionario judicial aboga “contra la corrección del precedente y a favor de un nuevo criterio interpretativo”⁶³. Estas cualidades eliminan la arbitrariedad en las decisiones de las autoridades judiciales, presupuesto básico en las sociedades democráticas y, facilitan la construcción de un sistema jurídico coherente. Aún apartarse del precedente no implica contradecir el ordenamiento, por el contrario corrige, armoniza o adecua el sistema de derecho o una posición discordante al mismo. Vale resaltar que “cuanto mayor es su nivel de coherencia mejor es el sistema o el razonamiento. Mejor no es simplemente una cualificación estética, sino que es considerado una cualidad moral”⁶⁴.

En segundo lugar, el precedente horizontal puede ser utilizado como una premisa ab-exemplo de carácter interpretativa, dado que la ratio decidendi se convierte en una guía para resolver un asunto sometido a su competencia. Incluso, el fallo judicial en ciertos casos propone el significado de la regla de derecho o muestra cuál es la comprensión de la norma. “[E]l ejemplo sirve para hacer entender, explicar, descubrir los posibles significados y aplicaciones de una norma, o para individualizar los casos en que esta norma sea ambigua o incierta. Desde este punto de vista, el ejemplo es un instrumento de interpretación y de control de la interpretación”⁶⁵. El juez apoya su decisión en la manera en cómo se decidieron casos similares, más que en su autonomía interpretativa. En estos eventos el valor de seguir el precedente se concentra en identificar la hermenéutica del derecho que han realizado los jueces⁶⁶, reconocimiento que se asigna a las decisiones judiciales con independencia del sistema jurídico que pertenezca (civil o common law)⁶⁷ o al modelo de fuentes normativas de un país.

Ese uso y valor del precedente contribuye a la consistencia, a la racionalidad así como a la

corrección de la argumentación judicial⁶⁸, ya que concede justificación interna a la decisión particular que adopta el juez, pues lo obliga a argumentar para seguir o apartarse de la jurisprudencia. El precedente facilita el desarrollo del principio de justicia, que es tratar similar a lo semejante o desigual a lo disímil. También es dar trato diferente a lo igual cuando existe una justificación para ello. La aplicación de este mandato de optimización constituye la salvaguarda del criterio de racionalidad.

Lo anterior adquiere relevancia, dado que en los sistemas jurídicos contemporáneos la interpretación que realiza el juez no se limita al derecho legislado, también incluye la norma jurídica que se deriva del precedente⁶⁹. Por tanto, el derecho jurisprudencial es un criterio interpretativo insoslayable para que los jueces fundamenten sus decisiones.

En contraste, el argumento de autoridad que consiste en que la decisión queda impregnada de la potestad del órgano que la expide y, permite identificar que providencias debe seguir el juez al resolver un asunto sometido a su competencia no sirve para fundamentar el seguimiento del precedente horizontal, pues en éste no existe vínculo jerárquico formal. De ahí que, ese argumento solo sustenta la observancia del precedente vertical, dado que recuerda que éste tiene que ver con una dimensión institucional que muestra la organización de la rama judicial y la relación de autoridad que existe entre los elementos que la componen.

1. Ahora bien, para esta Corporación las reglas subyacentes a las sentencias de una de las salas del tribunal respectivo es vinculante para todas ellas, incluidas las de descongestión porque:

i) Las salas de descongestión hacen parte de los tribunales, de modo que los magistrados que lo componen tienen la obligación de conocer la jurisprudencia del tribunal al que pertenecen y de aplicar el precedente del mismo. De hecho, esa sujeción vincula a todo funcionario jurisdiccional del respectivo distrito judicial. Este deber se deriva de la regla jurisprudencial que indica que el derecho de acceso a la administración de justicia también implica el derecho a recibir un trato igualitario en situaciones similares, obligación de todas las salas del tribunal con independencia si son permanentes o de descongestión⁷⁰.

ii) La creación de las salas de descongestión en diversas corporaciones de cierre en los distritos judiciales tiene la finalidad de atender el serio problema que sufre la administración de justicia en Colombia, la congestión judicial. Este inconveniente tiene la virtualidad de vulnerar el derecho del ciudadano a obtener una pronta y adecuada justicia, en la medida que la demora en la expedición de los fallos conlleva a que se dilate la defensa de los derechos del asociado que acude a la jurisdicción. Por ello, con el aumento de funcionarios jurisdiccionales al interior de la rama judicial se intenta mitigar la afectación a principios constitucionales. Este fin legítimo no puede servir de excusa para desconocer la jurisprudencia de las otras salas del tribunal, porque la eficiencia, la celeridad y el cumplimiento de indicadores de expedición de sentencias no pueden basarse en la vulneración de normas constitucionales como la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, la existencia de estos jueces no debe generar fracturas en la coherencia del ordenamiento jurídico al existir posturas disímiles entre las salas de decisión, salvo que se presente la argumentación suficiente para alejarse del precedente.

iii) las salas de descongestión de los tribunales superiores de distrito al igual que sus pares de la misma corporación cumplen con la función de unificar jurisprudencia dentro de su jurisdicción. Es más, las salas de descongestión también fungen como juez de cierre en los procesos que no tienen casación. Por tanto, esa labor exige que se precisen reglas jurídicas claras y que se dé una lectura coherente al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, las salas de descongestión de los tribunales deben tener en cuenta los fallos emitidos por las demás salas de la corporación a la que pertenecen, al decidir los casos sometidos a su competencia.

Vale aclarar que, la Corte en la sentencia T-918 de 201071 indicó que la fuerza vinculante del precedente horizontal no se extiende entre tribunales superiores de distrito, debido a que cada uno de ellos tiene la función de unificar la jurisprudencia dentro de su jurisdicción. Así “en relación con el precedente horizontal, es preciso reiterar que éste sólo tiene efectos vinculantes para el propio juez -sea este colegiado o individual-, de manera que los diferentes tribunales del país no están sujetos al precedente fijado por uno de ellos, así como tampoco los jueces del circuito o municipales entre sí⁷². En estos casos, el precedente relevante es el denominado precedente vertical fijado por la Corte Suprema de Justicia en su

calidad de tribunal de casación y la Corte Constitucional y, para el caso de los jueces del circuito y municipales, el precedente establecido por el tribunal de distrito, la Corte Suprema de Justicia, [el Consejo de Estado] y esta Corporación”.

1. En diferentes ocasiones, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han dejado sin efecto fallos que desconocen el precedente horizontal. Esta Corporación ha ordenado a la autoridad judicial demandada que expida una nueva providencia atendiendo la jurisprudencia vigente sobre la materia. En dichas oportunidades, la Corte ha manifestado que las decisiones impugnadas en sede de tutela incurrieron en defecto por desconocimiento del precedente al cambiar su propia jurisprudencia, sin realizar referencia expresa a las decisiones anteriores que sirvieron de sustento para resolver casos análogos o exponer razones suficientes que ameritaran el distanciamiento.

Una muestra de la aplicación del mencionado criterio jurisprudencial es la sentencia T-804 de 201273. En esa ocasión, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación analizó la demanda de un magistrado que instauró acción de tutela contra una decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que lo sancionó por la demora en un fallo penal de segunda instancia. La Corte estimó que en ese asunto el juez colegiado demandado al suspender al actor de su cargo, quien ostentaba un índice de egreso de 2.25 proveídos diarios, desconoció su propia jurisprudencia, pues previamente había archivado los procesos contra otros magistrados que tenían mora con un promedio de producción laboral de 1.3 o 1.6 providencias por día. La Sala estimó la corporación demandada no justificó porque impuso una sanción a un servidor público con mayor producción laboral, mientras cesó el proceso disciplinario a otros funcionarios con menor índice de egresos. Por tanto, dejó sin efecto la sentencia disciplinaria estudiada y ordenó al juez accionado seguir el precedente.

1. Esta Corporación también ha utilizado las reglas referidas para negar el amparo. Ello ha sucedido cuando los jueces se apartaron del precedente haciendo referencia expresa a la jurisprudencia que utilizaron para resolver casos análogos, y expusieron razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico, o evidenciaron supuestos fácticos en el caso nuevo que justificaron el cambio jurisprudencial. Es más, demostraron que el precedente anterior no

resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el asunto.

En la sentencia T-100 de 201074 la Corte avaló una decisión del Consejo de Estado que se apartó de la forma en que contaba usualmente la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en actos sancionatorios expedidos en el marco de un proceso disciplinario adelantado contra un servidor público. La jurisprudencia del máximo tribunal contencioso establecía de forma reiterada que el inicio del plazo extintivo de la acción era la notificación del acto de ejecución de la sanción. En contraste, en la causa del actor, la autoridad judicial demandada fijó que el cómputo del término de caducidad comenzó con la fecha en que se notificó las resoluciones que resolvieron la vía gubernativa del procedimiento disciplinario. El juez colegiado sustentó su distanciamiento del precedente en que la jurisprudencia reiterada del conteo de caducidad no era aplicable al caso del peticionario, ya que al momento en que quedó en firme el acto sancionatorio el petente se encontraba retirado del servicio. Para la Sala Tercera de Revisión “si bien el Consejo de Estado se apartó del precedente por él establecido respecto al término de caducidad de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho para impugnar actos administrativos que imponen y dan cumplimiento a una sanción, lo hizo válidamente, pues en la sentencia además de hacer referencia al precedente en cuestión, justificó las razones por las cuales no resultaba aplicable dicha posición jurisprudencial”. Por lo tanto, sintetizó que la autoridad judicial demandada no incurrió en defecto por desconocimiento del precedente horizontal.

Más adelante, el fallo T-918 de 201075 negó el amparo del derecho a la igualdad que fue presuntamente vulnerado por la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá al declarar que los actos que desvincularon al tutelante de la Contraloría Departamental era legales, a pesar de que en casos anteriores y similares había declarado nulos otros actos de desvinculación. Esta Corporación consideró que no se configuró el defecto por desconocimiento del precedente, porque ese juez colegiado cambió su jurisprudencia sobre la materia con base en las sentencias del Consejo de Estado, y en atención a pruebas que no tuvo en otras oportunidades, verbigracia el estudio técnico de restructuración administrativa que sustentó el retiro del peticionario por la supresión del empleo. Además, estimó que el tribunal demandado señaló las decisiones previas que eran contrarias al nuevo fallo.

1. En consecuencia, el defecto por desconocimiento del precedente horizontal se configura cuando el juez unipersonal o colegiado cambia su propia jurisprudencia, sin realizar la referencia expresa al precedente que sirvió de sustento para resolver casos análogos y exponer razones suficientes que ameriten el distanciamiento. Para decidir sobre la procedencia de la acción de tutela por la causal estudiada es preciso:

“(i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes;

(ii) comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad;

(iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine” 76:

Por el contrario el error no se presenta siempre que el funcionario jurisdiccional reconozca y señale las decisiones anteriores de las que se aparta, y argumente con suficiencia los motivos de su decisión. Ello sucede con un manejo legítimo del precedente, labor que obliga a que el juez i) se refiera al precedente anterior y ii) ofrezca un argumento suficiente para el abandono o cambio de la norma jurisprudencial.

Caracterización del defecto sustantivo por indebida o equivocada interpretación de la ley⁷⁷.

1. La Corte en sentencia C- 590 de 2005 definió el defecto sustantivo, como el evento en que las providencias judiciales se expiden con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁷⁸, o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión⁷⁹. A partir de esta definición, las Salas de Plena ha precisado los supuestos en los que una decisión judicial incurre en el yerro señalado, que consisten en:

“(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable,

porque a) no es pertinente , b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada , c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la Constitución , e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

(ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial.

(iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes.

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso.

(vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto.

(vii) cuando la actuación no está justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales.

(viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial.

(ix) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución”⁸⁰.

1. En este estado de cosas, la Corte Constitucional ha afirmado que no es el juez adecuado para interpretar las normas de rango legal, puesto que en esa materia existen los tribunales ordinarios que se encargan de la hermenéutica del derecho legislado en su diario quehacer⁸¹. No obstante, el juez constitucional está facultado para controlar la interpretación judicial cuando es irracional, o desproporcionada respecto de los preceptos legales aplicables en los casos concretos, o si vulnera mandatos superiores, toda vez que el funcionario jurisdiccional tiene vedado otorgar un sentido a la norma que desborde el campo de razonabilidad de la ley y la Constitución. De hecho, la justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el principio de favorabilidad, pro homine, entre otros. (Artículos 6°, 29, 228 y 230 de la Constitución Política)⁸².

1. De manera específica, “existe defecto sustantivo en una providencia judicial cuando el fallador interpreta una norma de manera abiertamente contraria a la [C]onstitución, a la ley y a los antecedentes jurisprudenciales y, por ende, la interpretación hecha por el juez resulta inaceptable”⁸³. De la anterior disposición, el precedente constitucional ha precisado que el “defecto sustantivo por interpretación puede configurarse por dos motivos: primero, porque el juez le otorga a la norma un sentido y alcance que ésta no tiene y, segundo, porque la autoridad le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero que contraviene postulados de rango constitucional”⁸⁴. Cabe aclarar que “para que se configure el defecto material por interpretación no es necesario que concurren las dos razones genéricas esbozadas, pues basta que se presente tan solo una de ellas para su estructuración.”⁸⁵

1. El primero de los eventos, sucede siempre que el juez a partir de una interpretación irracional o arbitraria concede a la norma un alcance que ésta no tiene. La jurisprudencia de la Corte ha entendido que “la arbitrariedad de una interpretación surge cuando la conclusión que el intérprete obtiene de la norma aplicada no puede derivarse del contenido de esta al amparo de ningún método razonable de interpretación jurídica. Se trata, como ya se ha

mencionado, de una interpretación que tiene como único fundamento la mera voluntad o capricho del juzgador”⁸⁶. En estos casos, el juez constitucional tiene la obligación de corregir el yerro a fin de restablecer los derechos violados por la aplicación de un sentido carente de plausibilidad⁸⁷.

1. La segunda de las circunstancias se materializa cuando la interpretación otorgada a la disposición legal es posible, pero contraviene algún contenido constitucional, aparejando la vulneración o el desconocimiento de los derechos fundamentales. Así, el juez constitucional está en el deber de adecuar el contenido de dicha norma legal y hacerla consonante con los fines y principios constitucionales. Obligación que surge del principio de interpretación conforme de la Constitución, bajo el cual todo análisis de un precepto normativo debe realizarse en armonía con los parámetros superiores de la Carta Política.

La interpretación de los pactos de desregularización salarial (Art. 128 C.S.T.).

1. La jurisprudencia y la doctrina han realizado una hermenéutica sobre el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En desarrollo de esa labor, han advertido que se presenta una discusión interpretativa sobre la última parte de la norma, los pactos de desregularización salarial. La controversia ha versado en determinar si esos acuerdos permiten: i) excluir que ciertos desembolsos tengan el carácter de salario, situación determinante al momento de la liquidación del contrato laboral. Ello implica identificar que pagos son salario y que consecuencia jurídica acarrea restar esa naturaleza a un desembolso que en la realidad cuenta con connotación salarial; o ii) establecer que las sumas que son salario carezcan de efectos prestacionales y no se computen en la liquidación del contrato de trabajo. En atención a lo expuesto, la Corte precisará el concepto de salario y los elementos que lo componen. Particularmente esbozará los límites a los acuerdos de desregularización salarial y, advertirá las consecuencias que tiene traspasarlos, con fin de establecer la interpretación constitucional de los mismos. Lo anterior se hará con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, además en la doctrina laboral.

El concepto de salario y los elementos que lo componen.

1. El salario constituye uno de los elementos inherentes al contrato de trabajo, pues es una obligación que surge de la labor que realiza el empleado en beneficio del patrono. El artículo 25 de la Constitución Nacional protege el salario, en razón de que el trabajo subordinado se debe desempeñar en condiciones dignas y justas⁸⁸. Además, el salario “ostenta la condición de principio mínimo fundamental en materia laboral, según las voces del artículo 53 de la Carta, que se refiere a la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” ⁸⁹.

1. El Código Sustantivo del Trabajo establece en su artículo 127 (Subrogado L. 50/90, art. 14) los pagos que son salario de la siguiente forma: “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”. Esta norma no establece una definición de lo que es salario, por el contrario señala por medio de la enunciación ejemplos que sí tienen ese carácter.

1. Como se mostrará el punto central de la definición jurídica de salario responde a que éste es la retribución que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, con independencia del nombre que se le asigne al pago. De otro lado, una ilustración económica o social va incluir todos los desembolsos o prestaciones que permiten al trabajador “atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana”⁹⁰. En esta ocasión, la Sala tratará el salario en sentido jurídico.

La Cortes Constitucional y Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) han propuesto otorgar al salario un significado con fundamento en el bloque de constitucionalidad. El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

“El término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”⁹¹

La Sala Plena de esta Corte⁹² ha reiterado que esa definición es vinculante, porque propone la integración normativa del ordenamiento jurídico nacional con los sistemas internacionales. Incluso tiene rango constitucional, aunque no se encuentre expresamente en la Carta política de 1991⁹³, ya que hace parte del bloque de constitucionalidad. Al igual que es el resultado de una concepción garantista del derecho al trabajo, en la medida que dicho principio es una base del Estado Social de Derecho.

Con sustento en lo anterior, esta Corporación ha interpretado la normatividad interna resaltando que “el legislador ha fijado el alcance de la noción de salario en el artículo 127 del C. S. T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, señalando que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, ‘cualquiera sea la forma o denominación que adopte’. (...) Se trata, como ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación⁹⁴, de lo que ingresa real y efectivamente al patrimonio del trabajador a título oneroso, como retribución periódica y habitual por la realización una actividad personal y subordinada” ⁹⁵.

1. De otro lado, la doctrina ha definido el salario como “la remuneración que se debe al trabajador por el servicio que presta. Dentro de un contrato conmutativo, es decir, que implica cargas para ambas partes, la patronal está gravada principalmente con la obligación de pagar el salario. Esto en su aspecto jurídico”⁹⁶. Este concepto comprende “lo que periódicamente recibe [el empleado], sea semanal, o por décadas (...) aquello que, aparte de tener un sentido estrictamente monetario, implique un retribución de trabajo y venga a significar un mejoramiento en sus condiciones de vida”⁹⁷.

1. En esta materia, la Corte Constitucional ha determinado que el congreso tiene vedado establecer que el pago que sea retribución del servicio del trabajador no sea salario,⁹⁸ comoquiera que la cláusula general de competencias que tiene el legislador se encuentra limitada con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. “Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter”⁹⁹. En contraste, ha fijado que el legislador sí podrá conceder la naturaleza de salario a un desembolso que antes no contaba con dicha connotación¹⁰⁰.

Adicionalmente, el referido principio vincula al juez laboral y a las partes del contrato de trabajo. Esta Corte ha señalado que es “factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”¹⁰¹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el juez laboral evaluará si un pago es o no salario, estudiando la finalidad del mismo¹⁰². Ello en aras de proteger al trabajador y de aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas. Al respecto afirmó que “con el fin de establecer si un pago es o no constitutivo de salario, más que a su fuente o causa debe estarse a su finalidad, pues es, a partir de ese análisis, que es posible establecer si se reúnen las características del pago salarial y, entre ellas, la fundamental que es la de constituir una retribución directa del servicio”¹⁰³. Esta posición ha sido reiterada por la doctrina al reseñar la jurisprudencia referenciada¹⁰⁴.

La Sala resalta que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el

juez laboral no puede dejar de analizar en el caso concreto si un pago es o no salario por el solo hecho de que formalmente no se reconozca como tal. El juez deberá estudiar las particularidades del asunto y la finalidad de la prestación. Este proceso es ineludible, pues el funcionario jurisdiccional tiene la labor de proteger los derechos del trabajador dentro de los que se encuentra recibir una justa remuneración. Además, el juez ordinario tiene vedado quitar el carácter de salario a los pagos que gocen de esa naturaleza, en la medida que él no cuenta con sustento democrático al ocupar su cargo, ni posee la potestad de derogar o excluir normas generales del ordenamiento jurídico. Esta prohibición se refuerza en el juez, en razón de que la jurisprudencia constitucional estableció ese límite al legislador al expedir la ley.

Por estas razones, la Corte Constitucional ha manifestado que el salario es irrenunciable “y no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso pero sí puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley”, como lo dispone el artículo 142 C. S. T.. La doctrina ha prohiado esa premisa y, ha advertido que se fundamenta en la naturaleza de las normas de orden público que rigen las relaciones laborales¹⁰⁵. Además ha precisado que la irrenunciabilidad de la remuneración tiene el fin de evitar los abusos del empleador.

1. En suma, el salario como emanación del derecho al trabajo es una obligación del empleador y un derecho irrenunciable del trabajador. El elemento central de dicha institución es el carácter retributivo por el servicio prestado por el empleado con independencia de su denominación. Este núcleo no puede ser alterado por el legislador al definirlo o regularlo; tampoco por los sujetos de la relación laboral cuando convienen la remuneración, y menos por el juez laboral al decidir el asunto sometido a su competencia.

Los pactos de desregularización salarial no son absolutos.

1. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990) regula los pagos que no son considerados salarios al señalar que “[n]o constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del

empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

1. La Corte Constitucional se ha pronunciado en sede de control abstracto sobre el artículo 128 del C.S.T. En estas ocasiones ha explicado la interpretación que debe hacerse de la norma en cuestión. La regla en cita establece los pagos que no tienen connotación salarial, porque no corresponden al concepto del mismo. Para ello, el Legislador dividió en dos partes el artículo referido, que consisten en: i) consagrar por vía de ejemplo las remuneraciones que no constituían salario, entre las que se encuentran: a) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador; b) el dinero o cosas en especie que entrega el patrono al empleado para que desempeñe a cabalidad sus funciones; y ii) las prestaciones sociales que se hallan consignadas en el título VII y IX del C.S.T., además de los pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional y que acuerdan las partes del contrato que no son salario, que se conocen como los pactos de desregularización salarial.

1. En cuanto a lo primero, la sentencia C-710 de 1996106 estudió la constitucionalidad de la parte inicial del artículo 128 del C.S.T. que señala por vía de muestra los ingresos que carecen de connotación salarial. Para la Corte “debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez

competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional”.

La doctrina ha precisado que esa sección de la regla referida comprende los pagos que no son salario, los cuales pueden catalogarse en dos clases¹⁰⁷. De una parte no constituye salario los ingresos ocasionales que recibe el trabajador por la simple liberalidad del empleador, verbigracia las primas, las bonificaciones, las gratificaciones, la participación de utilidades o excedentes de las empresas de economía solidaria. Vale aclarar que la “ocasionalidad es lo que es opuesto a lo periódico, a lo continuo, casi podría decirse que es lo inhabitual o sorpresivo”¹⁰⁸. De otro lado, tampoco son salario las sumas de dinero o los pagos en especie que el patrono entrega al trabajador con el fin de que desempeñe mejor sus funciones y, que no son para el provecho de aquel, por ejemplo gastos de representación, los instrumentos de trabajo o los medios de transporte. Dichos desembolsos, “son una cantidad diaria [de dinero] para cumplir ciertos actos, y particularmente el más importante, que es el de realizar el objeto del contrato de trabajo”¹⁰⁹.

1. Frente a lo segundo, el artículo 128 del C.S.T. prescribe que no serán salario las prestaciones sociales contenidas en los títulos VII y IX del C.S.T.¹¹⁰ que incluyen: i) el descanso remunerado dominical o el de los días de fiesta de carácter civil o religioso, además de las vacaciones; ii) el trabajo dominical al igual que el festivo; iii) las pensiones de jubilación; iv) el auxilio de invalidez y v) el seguro de vida colectivo. Lo propio sucede con los pactos de desregularización salarial, actos jurídicos en los cuales esta Corporación se detendrá.

La sentencia C-521 de 1995¹¹¹ estudió la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 128, que responde a: “los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”. En esa oportunidad, la Sala Plena consideró que los extremos de la relación laboral tienen la autonomía para pactar ciertos pagos extralegales que se cancelan

de forma habitual u ocasional y que no son factor salarial. Además, reconoció que tal facultad es inherente al contrato de trabajo y cuenta con reconocimiento de la Constitución. No obstante, advirtió que la celebración de esos acuerdos no es absoluta, toda vez que poseen límites en cuanto a su contenido. Éstos radican en que los pactos de desregularización salarial no pueden lesionar derechos fundamentales del trabajador o principios constitucionales, verbigracia el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Esta Corporación afirmó que “la regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley”¹¹².

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia precisó que “las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario”¹¹³.

Adicionalmente, ese alto tribunal ha concluido de forma reiterada y tranquila que “cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”¹¹⁴. Ante la trasgresión de los límites de los acuerdos citados, el juez laboral deberá realizar las declaraciones respectivas.

La Sala de Casación Laboral ha determinado que el funcionario jurisdiccional debe evaluar las circunstancias del caso concreto, las pruebas obrantes en el expediente y la finalidad del ingreso¹¹⁵ para identificar la validez de los pactos de desregularización salarial y verificar que éstos en realidad no sean salario.

Un ejemplo de la aplicación de ese criterio hermenéutico se produjo en la sentencia del primero de febrero de 2011¹¹⁶, providencia en la que se determinó que los gastos de representación cancelados al jugador de fútbol Jorge Agudelo por la Corporación Deportiva Once Caldas eran rubros constitutivos de salario, comoquiera que el equipo no demostró que el actor de ese entonces actuara en su nombre, realizara actos que lo beneficiaran (ya sea en posicionamiento del mercado además la venta de servicios), o recibiera dichos pagos para desempeñar sus funciones de una mejor forma. La Sala de Casación Laboral declaró ineficaz el pacto que estableció los gastos de representación y los incluyó en la liquidación del contrato de trabajo¹¹⁷.

1. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia también ha explicado que los pactos de desregularización salarial recaen sobre desembolsos que son salario, empero la función de esos acuerdos es quitar los efectos prestacionales del pago al momento de la liquidación del contrato de trabajo. Esta es una interpretación diferente del artículo 128 del C.S.T, aunque dicho entendimiento se ha presentado en pocas ocasiones. La Sala de Casación Laboral “ha señalado que la facultad establecida en la Ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el aquo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen. Así, ha sostenido: ‘Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son ‘salario’ pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc. Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún

motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”¹¹⁸.

1. Esta interpretación es inconstitucional, en la medida que desconoce los derechos irrenunciables del trabajador. Además, no cumple con el requisito de coherencia que debe tener toda decisión judicial¹¹⁹.

De un lado, para esta Corporación es evidente que la hermenéutica propuesta por la Sala de Casación Laboral significa el desconocimiento de los derechos irrenunciables del trabajador. Lo antepuesto, porque reconocer que una suma con connotación salarial no incide en las prestaciones sociales y la liquidación del contrato de trabajo, implica quitarle los efectos inherentes a la naturaleza de la retribución del servicio. Ello no es otra cosa que el trabajador renuncie a su salario, acto proscrito por el artículo 53 de la Carta Política. La Corte Suprema de Justicia propone que el trabajador ceda su derecho a obtener una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo a través de una ficción jurídica. Esto también conlleva a que el empleado renuncie a las prestaciones sociales a las que tiene derecho, por las que trabajó y las que desarrollan el derecho a la seguridad social. Vale aclarar que la irrenunciabilidad del salario abarca las consecuencias del mismo.

La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de

desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder. Por lo tanto, la interpretación reseñada es inconstitucional, comoquiera que afecta principios superiores y no sigue el condicionamiento fijado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sede de control abstracto.

De otro lado, la Sala de Casación Laboral paso por alto que las decisiones judiciales deben tener una argumentación que se encuentre de acuerdo con las con las normas vigentes¹²⁰. En efecto, la hermenéutica propuesta por el máximo tribunal es una justificación que carece de correspondencia con el artículo 128 C.S.T. Particularmente, tal comprensión no cumple con el requisito de coherencia que debe tener toda sentencia, dado que carece de sentido frente al ordenamiento jurídico¹²¹, como se mostrará a continuación.

En primer lugar, el sentido de una decisión exige que ésta sea consistente y no vulnere regla o principio válido del ordenamiento jurídico, premisa que se desconoce al señalar que los pactos desalarización recaen sobre salario y eliminan los efectos prestacionales del mismo. Ello sucede, porque la referida hermenéutica desatiende los artículos 53 de la Constitución y el 142 del Código Sustantivo del Trabajo, que contienen la irrenunciabilidad del salario. En efecto, la Corte Suprema se equivoca en afirmar que su entendimiento de la norma no vulnera preceptos normativos del ordenamiento jurídico, comoquiera que permite que el trabajador renuncie a su salario y las prestaciones derivadas de éste. Además, la interpretación de ese juez de casación es contradictoria a la legislación laboral, puesto que la idea de que una suma sea factor salarial es que sea computable para las prestaciones sociales. Así, eliminar dicha posibilidad conlleva a disminuir los beneficios al empleado y dejar al salario sin una de sus consecuencias inherentes, es decir, restar el efecto útil de las normas. Por tanto, la regla jurisprudencial reseñada choca con referentes del ordenamiento jurídico, situación que afecta la consistencia de la argumentación de la Sala de Casación Laboral y del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el sentido de un fallo judicial obliga a que la interpretación sea coherente y se sustente en los principios básicos del sistema de derecho, fundamento que se encuentra ausente en la hermenéutica que considera que los pactos de desregulación salarial recaen sobre pagos que son salario, pero que se excluyen para efectos de la liquidación del contrato

de trabajo. Lo antepuesto en razón a que la Sala de Casación Laboral no presenta argumento alguno que fundamente los efectos denunciados de los pactos de desalarización. Incluso, la autonomía de las partes del contrato de trabajo no puede servir de sustento para restar los efectos salariales de un pago que posee tal naturaleza, debido a que sería un abuso de ese principio que se materializaría en afectar los derechos irrenunciables del trabajador. Se subraya que no existe derecho o principio absoluto, de modo que éstos deben acompasarse y ponderarse con los demás. Entonces, restringir la autonomía con relación a otras normas constitucionales es una legítima limitación de aquel mandato de optimización, al grado que la interpretación propuesta por la Corte Suprema de Justicia no se encuentra dentro de la orbita de aplicación de un principio constitucional.

Por consiguiente, el artículo 128 consigna los pagos que no son salario. Admitir lo contrario y avalar la comprensión de la norma expresada por la Sala de Casación Laboral, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia.

1. En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:

1. Es una norma que establece por vía de ejemplo los pagos que no son constitutivos de salario, que corresponden a:“(i) los montos que la doctrina ha denominado como ‘pagos no constitutivos de salario’, descritos por el artículo 128 CST, y relativos a las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) el descanso remunerado generado por las vacaciones o los días no laborables; (iii) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación,

habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad; según lo expresa el artículo 128 CST; y (iv) las indemnizaciones”122.

1. Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.

1. El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

1. La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.

1. En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral.

Caso Concreto.

1. La demanda bajo examen se fundamenta en que la providencia de la Sala Laboral de

Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá conculcó los derechos fundamentales del demandante, por cuanto se configuró un defecto: i) por desconocimiento del precedente, al omitir atender la jurisprudencia de la Sala Laboral de esa misma Corporación que señala que los acuerdos que quitan el carácter de salario a un pago que ostenta dicha naturaleza son ineficaces; y ii) sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, comoquiera que el Tribunal accionado, en contravía de la Constitución y los derechos fundamentales del actor, aceptó que un texto convencional quitara el carácter de salario a un pago que revestía de dicha naturaleza.

1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, se discute si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de Manuel Eduardo Fuentes Becerra al incurrir en alguna causal especial de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Esta situación se presentó, porque la autoridad judicial demandada avaló en sede de consulta una providencia que confirmó la legalidad del otrosí al contrato de trabajo firmado entre el tutelante y EMERMÉDICA, en el cual se estipuló que la suma de dinero pagada al actor por concepto de gastos de movilidad no era salario. Sin embargo, la Sala debe abordar un cuestionamiento de forma, el cual responde a determinar si se presenta el cumplimiento del principio de subsidiariedad en las sentencias emitidas en el grado jurisdiccional de consulta, en tanto que el petente no sustentó la apelación.

Luego de ello, solo en caso de que establezca que la acción sea procedente, la Sala deberá analizar si se configuraran los defectos por desconocimiento del precedente horizontal y sustantivo que aduce el actor.

Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial impugnada.

1. En primer lugar, con base en las circunstancias fácticas obrantes en el plenario, la Sala

considera que la cuestión que se discute indudablemente es de relevancia constitucional, comoquiera que se encuentran en discusión derechos fundamentales de Manuel Eduardo Fuentes Becerra como son el debido proceso y la igualdad, en el marco del proceso laboral iniciado por el actor contra EMERMÉDICA. Adicionalmente, es posible que algunos principios mínimos e irrenunciables del actor fueran vulnerados, los cuales tienen relación con el trabajo, una base del Estado Social de Derecho.

1. En segundo orden, con relación al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, la Sala debe estudiar la actividad del actor en el proceso laboral.

Con relación a los recursos ordinarios se evidencia que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al trabajador, y éste interpuso la apelación, empero no la sustentó, por eso, el recurso fue declarado desierto. Este hecho es indiferente para la procedencia de la tutela si se tiene en cuenta que el actor impugnó la sentencia de consulta y ésta es una forma diferente, independiente, además de excluyente de terminar el proceso laboral a la que se produce con el trámite del recurso de apelación. El referido grado jurisdiccional es una etapa procesal que se activó de forma obligatoria, porque el actor fue derrotado en todas sus pretensiones y no propuso la alzada. La Sala subraya que no puede sancionarse al señor Fuentes Becerra por un acto procesal que era facultativo según la ley. Es más, la actuación del tutelante puede ser considerada como una estrategia legítima de litigio. Al mismo tiempo, con la consulta terminó el proceso del accionante, pues con la decisión atacada quedó ejecutoriada la sentencia de primera instancia. En efecto, que se haya surtido el grado jurisdiccional implicó que el proceso llegara a su fin de una forma diferente al trámite de alzada (Supra 3.4.5 y 3.4.6).

Frente al recurso extraordinario de casación, la Sala precisa que el numeral segundo del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo señala que esa herramienta de defensa procesal procede contra “la sentencia de decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta”. De ahí que las providencias emitidas en ejercicio del grado jurisdiccional referido solo son pasibles de casación cuando los fallos sean más gravosos para la entidad territorial o el trabajador derrotado que la sentencia objeto de revisión o de primera instancia. Bajo estos presupuestos

los proveídos de consulta no tienen cuantía para estudiar la procedencia del citado recurso extraordinario. En el caso concreto, la sentencia del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá fue desfavorable en todo sentido para el actor, escenario que se confirmó con el fallo de la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de ésta ciudad, de modo que la autoridad judicial accionada no agravó la situación del señor Fuentes Becerra. De esta manera, el estado de cosas siguió igual con la providencia del juez colegiado demandado. Por lo tanto se concluye que el fallo de consulta no era pasible de ese medio extraordinario de defensa judicial, comoquiera que no concurren las causales de procedencia requeridas.

Para la Sala la demanda de tutela cumple con el principio de subsidiariedad, toda vez que el petente agotó todos los medios de defensa judicial que tenía a su disposición, tanto los recursos ordinarios como extraordinarios. Además, el actor no fue negligente al omitir sustentar el recurso de apelación como lo advirtieron los jueces de instancia, pues es una estrategia legítima de litigio acceder a la consulta, en vez de la alzada, recurso que en esos eventos es facultativo.

1. En el caso sub-examine la tutela se presentó el 28 de marzo de 2012, esto es, casi 3 meses contados a partir de la expedición de la sentencia emitida en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta del proceso laboral iniciado por Manuel Fuentes Becerra, el 19 de enero de 2013 (Folio 18 Cuaderno 3). Para la Sala se entiende cumplido el requisito de inmediatez, en la medida que la demanda se presentó en un tiempo razonable al supuesto fáctico que se alega como vulnerador de los derechos fundamentales del actor.

1. Frente al cuarto requisito, debe precisarse que en el caso concreto no se alegó la existencia de una irregularidad procesal, por lo que esa regla jurisprudencial no se estudiará en esta oportunidad.

1. Así mismo, el peticionario identificó claramente la violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en que el tribunal demandado encontró ajustado a derecho

la sentencia del a-quo advirtiendo que el otrosí pactado entre las partes del contrato laboral era válido a luz de la ley, pues el ordenamiento jurídico permite acordar que ciertos pagos no se consideren salario. Para el petente esta decisión significó el desconocimiento de la jurisprudencia de otra Sala del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, situación que se configuró como defecto por desconocimiento del precedente horizontal y sustantivo. Para finalizar, éste juez constitucional confirma que la presente acción no se eleva para enervar una sentencia de tutela.

1. Verificadas las reglas generales de tutela contra sentencias, se procede a estudiar las causales en sentido estricto, esto es, los defectos de relevancia constitucional que hacen procedente la tutela contra providencia judicial, en razón de que vulneran derechos fundamentales (Supra 3.5).

Sentencia demandada.

1. La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá consideró que el juez de primera instancia del proceso ordinario acertó al señalar que la prima de movilidad reconocida por EMERMÉDICA no constituía salario. Para la autoridad judicial accionada, esta determinación se sustentó en que los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo permiten a las partes del contrato de trabajo “realizar pactos con el fin de determinar las sumas de dinero que deben ser tenidas en cuenta por el empleador como salario, para ser incluidas en la liquidación de prestaciones sociales, aportes a salud y pensión, y demás sumas de dinero que se vean afectadas por tal definición”. El juez colegiado aplicó esa regla a las circunstancias del proceso de la siguiente forma: “examinando el expediente se encuentra que a folios 76 y 82 del expediente se encuentran dos Otro Sí (sic) al contrato de trabajo pactado entre las partes, en los cuales se establece el pago de una de dinero por conceptos de gastos de movilización. En esos documentos se pactó que la suma de dinero devengada bajo ese concepto no corresponde a salario, y por tanto no será tomada en cuenta para realizar la liquidación de las prestaciones sociales del trabajador”.

Además, el Tribunal advirtió que ese convenio era válido, porque se pactó de forma expresa una suma de dinero que no estaba incluida en lo que se acordó como salario en el contrato de trabajo. De esta manera, resaltó que en el expediente se encontraban dos otrosí que excluían del salario el pago de movilización. Por ende, la existencia de tales acuerdos eliminó la naturaleza de retribución del servicio a esas sumas canceladas al petente.

Así mismo, la Sala Laboral de Descongestión fundamentó la facultad que tienen los extremos de la relación laboral para fijar sumas de dinero que hacen parte del salario con la siguiente jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral: “No obstante, no está de más precisar que el artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, consagra los pactos de desalarización, estableciendo que no compone salario los beneficios, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario. Ciertamente dicha norma exige un acuerdo expreso, lo que no quiere decir que se requiere fórmula sacramental o escrita, porque nada impide que el pacto expreso pueda ser verbal. En consecuencia, no solo el medio probatorio escrito sirve para acreditar la voluntad patente de los contratantes, sino también son válidas otras formas como los testigos o la confesión, siempre y cuando de ellas se derive que existió el convenio por el cual se pretende derivar el carácter de no salarial de determinado beneficio extralegal. El espíritu del artículo citado es la certeza de la existencia del acuerdo de voluntades, en cuanto a la naturaleza salarial o no de determinado privilegio extralegal, lo cual se encuentra demostrado en el presente proceso para el caso de la prima extralegal que se discute. Así, mediante el interrogatorio de parte al accionante, éste reconoce que en su calidad de gerente y representante legal ordenó para todos los trabajadores de la demandada, incluido él mismo, el pago de la prima extralegal sin incluirla como factor salarial, con lo cual resulta claro que el demandante era consciente y por demás aceptó, el carácter no salarial del beneficio”¹²³.

Defecto por desconocimiento del precedente horizontal: La Sala Laboral de descongestión del Tribunal Superior de Bogotá no atendió la jurisprudencia de otra Sala de esa Corporación.

1. Como se señaló anteriormente, el defecto por desconocimiento del precedente se presenta cuando el juez colegiado o unipersonal se aparta de sus decisiones o de la jurisprudencia del tribunal de cierre de su jurisdicción o del distrito judicial respectivo. Por ello deben analizarse

si se presenta una vulneración de los derechos fundamentales del actor por no atender el precedente horizontal (Supra 4.3). De la lectura de los argumentos planteados en la sentencia objeto de estudio, la Sala encuentra que el fallo del Tribunal demandado incurrió en la causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, por desconocimiento del precedente judicial en la medida que desconoció las normas jurisprudenciales de otra Sala de la misma corporación y omitió presentar los argumentos suficientes para ello, tal como se verá a continuación.

1. En primer lugar la Sala observa que sobre los pactos de desregularización salarial existe un precedente reiterado en sentencias previas de la Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá. En efecto, las providencias del 12 de agosto de 2009124 y del 23 de marzo de 2010125 decidieron de forma contraria casos idénticos al que resolvió la autoridad judicial demandada. Los fallos referidos analizaron los recursos de apelación interpuestos por trabajadores de la empresa EMERMÉDICA, quienes solicitaron que el gasto de movilización fuera tenido en cuenta en la liquidación del contrato de trabajo, puesto que era un pago que constituía salario. Vale aclarar que en esas ocasiones, la entidad accionada pactó varios otrosí con los demandantes, en los que se obligó a pagar esa prima de forma mensual, suma mayor al salario devengado. En ambos procesos, EMERMÉDICA sustentó su defensa en que el pago de movilización no era una remuneración directa de los servicios prestados por los actores. Para esa compañía dicho rubro tenía la finalidad de garantizar que el profesional en medicina se desplazara de forma segura, cómoda y adecuada de su residencia al sitio de trabajo.

Las dos providencias identificaron el mismo problema jurídico, el cual correspondió a determinar si la prima de movilización constituía salario¹²⁶. La Sala Laboral señaló en esas oportunidades que “si bien no se desconoce la libertad con que cuentan las partes de la relación laboral para estipular pagos no constitutivos de salario en los términos que establece el artículo 128 del C.S.T., también es claro que tales acuerdos no pueden recaer sobre elementos que sí son salarios por expresa disposición legal, ya que en tales casos dicho pacto resulta ineficaz”¹²⁷. En cada ocasión, el Tribunal Superior de Bogotá concluyó con base en las pruebas del proceso que el gasto de movilización tenía la connotación de salario, según los siguientes argumentos:

i. En la sentencia del año 2009, el juez colegiado adujo que el manual de funciones de la institución accionada estableció que los actores de ese entonces debían cumplir con turnos asignados por la planilla de programación central. En dichas jornadas laborales, EMERMÉDICA suministraba los insumos necesarios para que los profesionales de la salud prestaran los servicios médicos domiciliarios, por ejemplo motos, vehículos y ambulancias¹²⁸. Por ello, la Sala Laboral estimó que “si la demandante para cumplir con su labor debía sufragar suma alguna de transporte, como auxilio para gastos de movilización, que estarían destinados ‘exclusivamente’ a garantizar el traslado de la demandante de su residencia a su lugar de trabajo y viceversa, ya que tal suma desborda con creces el alcance que se le quiere imprimir”¹²⁹, al punto que no podían considerarse que los gastos de movilización tuviesen la finalidad alegada por el empleador. Entonces, acudió al principio de la primacía de la realidad sobre las formas con el fin de eliminar los efectos del otrosí pactado entre las partes del contrato laboral y concluir que la prima de movilización era un pago con connotación salarial.

i. En el fallo del año 2010, el Tribunal Superior de Bogotá¹³⁰ recalcó la desproporcionalidad que existió entre el pago de movilización y el salario, pues aquel era mucho mayor que éste. Además a partir del estudio del objeto social de la compañía y del clausulado de los contratos de trabajo¹³¹, precisó que EMERMÉDICA puso a disposición de sus trabajadores vehículos, motos y ambulancias para que movilizaran al personal a los lugares en que se debía prestar el servicio médico. De ahí que, “no resulta concebible entender el por qué reconocía a los demandantes suma igual o en ocasiones muy superior a su salario, como auxilio de gastos de movilización que estarían destinados ‘exclusivamente’ a garantizar el traslado de los actores, cuando Emermédica S.A. para cumplir con su objeto social, contaba con los vehículos necesarios para el traslado de sus trabajadores”¹³². En tal virtud, declaró ineficaz el otrosí firmado por los extremos de la relación laboral, conforme obligaba el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En ambos casos la Sala Laboral adujo, con base en las pruebas del proceso, el objeto social de la compañía accionada y los contratos de trabajo, que la prima de movilización sí constituía salario, porque la entidad suministraba todos los medios para que el personal médico cumpliera con sus labores. Así ese pago solo podía entenderse como remuneración

del servicio prestado. Por tanto existe un precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogota que señala que los pactos de desregularización salarial solo son válidos si no constituyen salario en la materialidad, conclusión a la que arribó el juez analizando las circunstancias del caso y determinando si el pago adicional es resultado de la prestación directa del servicio. Además advirtió que el funcionario jurisdiccional declarará ineficaz los pactos referidos cuando incumplen esa restricción.

1. En segundo lugar, la Sala considera que la autoridad judicial accionada conculcó los derechos fundamentales del peticionario al debido proceso y a la igualdad, al omitir la aplicación del precedente configurado por otra Sala de esa corporación. La regla jurisprudencial reseñada debía ser acatada y aplicada por la autoridad accionada, pues esta se construyó a partir de hechos similares a los planteados por el actor dentro de la misma corporación judicial. Es más, los procesos que dieron origen al precedente y el asunto que estudia la Corte tienen los mismos supuestos fácticos que consisten en que EMERMÉDICA celebró con sus trabajadores otros íes al contrato laboral con el fin de señalar que los pagos de movilización no eran constitutivos de salario. En contraste, solo cambian los demandantes del trámite. La sentencia demandada nada dijo sobre esa identidad. Esta fuente de derecho era obligatoria para el asunto que fue sometido a la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, debido al principio de igualdad y de confianza legítima, que sujeta al juez a sus decisiones previas.

Se subraya que dicho deber de aplicación de precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se extiende a las Salas de Descongestión de esa Corporación (Supra 4.2.1.1) porque: i) éstas hacen parte del mismo juez colegiado, de modo que su obligación de aplicar y conocer la jurisprudencia es igual a la de todo funcionario jurisdiccional del distrito judicial; ii) atacar el problema de la congestión judicial con la creación de nuevas Salas de decisión, no puede significar la vulneración de otros principios constitucionales como la igualdad, la confianza legítima, la buena fe y la seguridad jurídica; y iii) la Sala Laboral de Descongestión cumple la función de unificar jurisprudencia en el distrito judicial de Bogotá, al punto que tiene el deber de generar, en compañía de las otras Salas del Tribunal de esa ciudad, reglas jurídicas claras, precisas además de coherentes para el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el juez demandado debió tomar en cuenta las decisiones anteriores de otra sala de la corporación a la que pertenece, toda vez que ese precedente se construyó con fundamento en hechos similares al asunto bajo estudio.

1. En tercer lugar, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior accionado no mostró argumento alguno para fundamentar la separación del precedente horizontal, pues ni siquiera hizo mención a éste. La autoridad judicial demandada se limitó a verificar la existencia escrita del acuerdo dentro del plenario, actividad que significa el desconocimiento del precedente elaborado por el mismo Tribunal que forzaba a analizar si el otrosí celebrado entre las partes del contrato de trabajo en realidad tenía la naturaleza de salario.

El juez colegiado accionado únicamente referenció la sentencia del 29 de julio de 2009 proferida por la Corte Suprema de Justicia¹³³. Para la Sala la autoridad judicial demandada realizó un manejo inadecuado del precedente del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, puesto que la parte del fallo que usó es una obiter dicta y no la ratio decidendi. En esa ocasión, la Sala de Casación Laboral estudió el caso de una persona que prestó sus servicios como gerente de la Cooperativa Alianza LTDA. El censor devengó catorce salarios al año, ya que la empresa pagaba a los trabajadores una prima extralegal de un sueldo adicional al año. Esta prerrogativa se pagó de manera ininterrumpida, sin que expresamente se dispusiera que este valor no constituyera salario. La demandada del proceso ordinario, a la terminación del contrato, no canceló dicha prima ni la tuvo en cuenta como factor salarial para calcular la liquidación. El actor pretendió que se concediera la prima extralegal y que se incluyera en la liquidación, dado que constituía salario.

La Corte Suprema de Justicia planteó los siguiente problemas jurídicos: “(i) Si la prima extralegal otorgada unilateralmente por parte de la demandada se debía reconocer por semestre cumplido o proporcionalmente; (ii) Si la prima extralegal reconocida unilateralmente por parte de la demandada constituye factor salarial, partiendo de la base que el demandante ocupaba el cargo de gerente representante legal de la demandada, encargado en ese entonces de direccionar los linimientos (sic) administrativos de la demandada. Y que además, desde un principio el consejo directivo de la demandada le hizo saber que la prima de servicio extralegal no era salario, así fue que el actor en sus

actuaciones no le dio el carácter de factor salarial a dicha prerrogativa, tanto en los pagos que efectuó a otros trabajadores como los que hizo a sí mismo”134.

Ante esos interrogantes, la Sala de Casación respondió que: “Toda prerrogativa extralegal que supera los mínimos derechos y garantías se debe ajustar a los presupuestos fácticos que la sustentan y le dan origen, máxime en el caso sub examine donde proviene de un acto unilateral del empleador (...)el mismo actor confesó que en su calidad de Representante Legal solo ordenaba cancelar la prima extralegal cuando se cumplía el periodo completo, y que en los casos que no se cumplía dicho supuesto no se pagaba, lo cual se ratifica con liquidaciones efectuadas a otros empleados en el periodo que el actor ejercía como gerente. (..)Basta lo anotado, para colegir que el actor no tenía derecho a la prima extralegal reclamada, por no haberse causado a la terminación del contrato. En consecuencia, resulta irrelevante el estudio de las otras acusaciones, como por ejemplo si el beneficio era o no factor salarial, puesto que al no haber nacido, ninguna incidencia podía tener en el pago de la liquidación final, sin perjuicio de que fuere salario”135. (Subrayado por fuera del texto)

Por tanto la ratio decidendi de la providencia citada por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá no fue revisar la validez de los pactos establecidos en la relación laboral, con fundamento en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo o decidir si la prima extralegal era o no salario a los ojos del artículo 127 del mismo compendio normativo. Lo que fue determinante para el fallo es que las prestaciones extralegales requieren para su causación el cumplimiento de sus requisitos, cosa que no aconteció en esa decisión. La cita que utilizó el juez colegiado demandado referencia la informalidad de los pactos de desregularización salarial para su existencia, precisión que corresponde a un dicho al pasar que no tiene relación directa con el sentido de la decisión.

Adicionalmente, la propia Sala de Casación Laboral aclaró esa premisa señalando que “debe entenderse lógicamente bajo la premisa de que se trata de un beneficio, prima extralegal, sobre el que se pueden celebrar acuerdos de desalarización de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990, porque situación diferente sería si estuviéramos hablando de pagos o compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos, como por ejemplo las comisiones que por ley son salario, independiente de que se cancelen mensualmente o en periodos más largos”136. Incluso la obiter dicta de ese fallo señaló que los pactos establecidos en el artículo 128 del compendio del trabajo no

son válidos cuando son una remuneración del servicio prestado, así se pacten de forma expresa. Esta premisa se encuentra en armonía con el precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que no fue aplicado por la autoridad judicial accionada y que lo obligaba a estudiar en la materialidad si el otrosí tenía connotación de Salario

1. En síntesis, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en defecto por desconocimiento del precedente horizontal, porque no atendió la jurisprudencia de la Sala Laboral de esa Corporación sobre la validez de los pactos de desregularización salarial, sin que haya realizado referencia expresa al precedente que sirvió de sustento a dicho juez colegiado para resolver casos análogos, ni expuso las razones suficientes que ameritaron su distanciamiento.

Defecto sustantivo: La Sala Laboral de descongestión del Tribunal Superior de Bogotá interpretó de forma indebida del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. Conforme a lo verificado en el expediente, la Sala encuentra que el argumento central que utilizó la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para negar las pretensiones del actor se reducen a que en el expediente existe un pacto expreso que estableció que los gastos de movilización no eran salario. Este acuerdo es el resultado de la aplicación de las facultades conferidas a los extremos de la relación laboral por los artículos 127 y 128 del C.S.T.

1. La Sala señala que una de las formas en que se configura el defecto sustantivo por indebida interpretación acaece cuando la hermenéutica otorgada a la disposición legal es razonable, pero contraviene algún contenido constitucional aparejando la vulneración o el desconocimiento de los derechos fundamentales.

1. Esta Corporación señaló que el entendimiento adecuado y constitucional del artículo 128

del C.S.T responde a que (Supra 7.2): i) establece las sumas que no son salario, entre ellas los pactos de desregularización salarial; ii) las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial; iii) el juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso; iv) la simple consagración del pacto de desregularización salarial no quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter; y v) en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral.

1. Para la Corte el juez colegiado concedió una indebida interpretación al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que otorgó un entendimiento posible a dicha disposición legal, empero dicha comprensión desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos irrenunciables del señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra.

La Corte estima que es razonable entender que el artículo Ibídem señala que los pactos de desregularización salarial tienen efectos jurídicos cuando las partes del contrato de trabajo así lo acuerden. No obstante, esta hermenéutica es contraria a la Carta Política, ya que afecta normas constitucionales con las cuales debe acompañarse. Ello es el resultado de la aplicación del principio de interpretación conforme de la Constitución, bajo el cual todo análisis de un precepto normativo debe realizarse en armonía con los parámetros superiores. La C-521 de 1995 advirtió que los acuerdos de exclusión salarial no pueden servir de excusa para vulnerar derechos irrenunciables de los trabajadores.

En este estado de cosas, la Sala de descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al comprender que el otrosí pactado entre EMERÉDICA y el actor era válido por la simple

consagración expresa del mismo, desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, porque no evaluó si materialmente la prima de movilización constituía salario. Así, estimó que prevalecía un escrito suscrito entre las partes del contrato de trabajo que la manera en que se desarrolló en la práctica la relación laboral. El juez accionado renunció a su deber de establecer si ese pago en realidad tenía la connotación de salario, revisando si era retribución del servicio y la finalidad de éste. Como consecuencia, esa hermenéutica implicó que la autoridad judicial demandada no aplicara el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y verificara si la suma de dinero estudiada era salario. Al mismo tiempo, ese pacto de desalarización versó sobre derechos irrenunciables del trabajador, pues el acuerdo llevó a que no se considerara como salario un pago que tenía esa característica y que no tuviese los efectos prestacionales del mismo. Así, el actor renunció sin tener facultad para ello a obtener una retribución mínima, vital y móvil, proporcional a la labor desempeñada y de acuerdo con la calidad así como la cantidad ejecutada.

Adicionalmente, la interpretación de la autoridad judicial demandada otorgó poder ilimitado al empleador de establecer que cualquier pacto de exclusión salarial era válido con el solo acuerdo. Esta hermenéutica vulnera la Constitución, en la medida que el otrosí firmado por los extremos de la relación laboral tiene límites en los derechos irrenunciables del trabajador. Tales como que, las partes del contrato de trabajo no pueden quitar la naturaleza de salario a un pago que posee esa característica. Esta premisa es una restricción legítima al principio de autonomía en esta clase de negocios jurídicos.

Por tanto, el Tribunal demandado incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 de C.S.T. al entender que los pactos de desregularización salarial tienen validez por su simple consagración y que su contenido es ilimitado en cuanto que son el desarrollo de la autonomía contractual del empleador y el trabajador.

1. Como resultado de las anteriores consideraciones, esta Sala revocará las decisiones proferidas por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, que denegaron el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho al debido proceso y a la igualdad del señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra, se dejará sin efecto la sentencia proferida por la Sala

Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá del 19 de enero de 2012, y se le ordenará emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta el precedente horizontal sobre los pactos de desregularización salarial, al igual que la interpretación del artículo 128 C.S.T. establecida en la presente providencia.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 17 de abril de 2012, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo emitido el 24 de mayo de 2012 por la Sala de Casación Penal de esa Corporación que negó el amparo, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad de Manuel Eduardo Fuentes Becerra.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá del 19 de enero de 2012 en el proceso ordinario laboral promovido por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra EMERMÉDICA S.A. En consecuencia, el Tribunal accionado deberá emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta el precedente horizontal sobre los pactos de desregularización salarial, al igual que la interpretación del artículo 128 C.S.T. establecida en la presente providencia.

Tercero.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEXEI JULIO ESTRADA

A LA SENTENCIA T-1029/12

Referencia: Expediente T-3511909

Acción de tutela instaurada por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de

enero de 2012 en el proceso ordinario laboral promovido por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra EMÉRMEDICA S.A.

Las razones de mi disenso son dos: En primer lugar considero que en este caso no estaba presente el requisito de subsidiariedad indispensable para la procedencia de una acción de tutela promovida contra una providencia judicial, pues la apoderada del actor apeló el fallo emitido en primera instancia en el proceso ordinario laboral pero omitió sustentarlo, razón por la cual no se cumplió la condición exigida de manera pacífica y reiterada por parte de la jurisprudencia constitucional, en el sentido que la tutela sólo procede cuando se han agotado los recursos ordinarios y en ciertos casos los extraordinarios contra la providencia judicial atacada en sede de tutela.

En segundo lugar considero que en este caso difería de los precedentes en los cuales se ha señalado que las salas de un tribunal están vinculadas por el precedente horizontal porque la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá está conformada por jueces distintos a los de la Sala Laboral del mismo Tribunal.

Fecha ut supra.

ALEXEI JULIO ESTRADA

1Según el diccionario de la real academia de la lengua el concepto otrosí tiene dos definiciones: “1. adv. c. además. U. m. en leng. Jurídico; 2. m. Der. Cada una de las peticiones o pretensiones que se ponen después de la principal”.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 28 de julio 2009 rad. 35579.

3Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencias del 12 de agosto de 2009 M.P Martha Ruth Ospina Gaitán, rad. 110013105027200800131-01; y del 26 de marzo de 2010 M.P Jorge Luis Quiroz Alemán, rad. 110013105028200900310-01

4 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral sentencias del 12 de agosto de 2009 M.P Martha Ruth Ospina Gaitán, rad. 110013105027200800131-01 y del 26 de marzo de 2010 M.P Jorge Luis Quiroz Alemán, rad. 110013105028200900310-01

5 Demanda de tutela folio 12 cuaderno 2.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; M.P. Eduardo López Villegas, Referencia: Expediente No. 35579, Acta No. 29, sentencia del 28 de julio de dos mil nueve (2009).

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencias del 6 de septiembre de 2010, M.P. Cesar Julio Valencia Copete, radicado 68001-22-13-000-2009-00636-01; del 25 de octubre de 2010 radicado 11001-01-03-000-2010.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencias del 24 de marzo de de 2010 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicación 27697 acta No 09; del 27 de julio de 2010 M.P Francisco Javier Ricaurte Gómez, radicado 29143 Acta 26; del 16 de junio de 2010 M.P. Luis Javier Osorio López, radicado 28629 Acta. 20; En el mismo sentido, la Sala de Casación Civil de esa Corporación en las providencias: del 13 de septiembre de 2010 M.P César Julio Valencia Copete radicado. 5451822080002010-00023-01; del 4 de octubre de 2010 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, radicado T-110010203000201001610-00.

9 M.P. José Roberto Herrera Vergara, radicado 8426.

10 M.P. Luis Javier Osorio López, radicado 27325.

11 M:P Isaura Vargas Díaz, radicado, 19475.

12 Al respecto el actor mencionó la sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Sentencias T-553 de 2012 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-179 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-037 de 1997, MP: Hernando Herrera.

14 Sentencia T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

15 Sentencia T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

16 Sentencias T-808 de 2007 MP: Catalina Botero Marino, T-821 de 2010 M.P Nilson Pinilla Pinilla y T-513 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

17Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

18 Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

19 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20Sentencias C-090 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-070 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En sede de control concreto podemos encontrar los fallos T-848 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-389 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería .

21 Sentencias C-055 de 1993 MP José Gregorio Hernández y C-583 de 1997 MP Carlos Gaviria Díaz y C-968 de 2003 M.P.

22 Sentencia C-090 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

23Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

24Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”. Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal del trabajo (hoy tribunal superior del distrito judicial, Sala Laboral) si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.

25Sentencia C-090 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

26 Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

27Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

29Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo

Monroy Cabra.

30 Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

31 Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

32 Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

33 Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

34 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

35 Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

36 La mencionada regla interpretativa se utilizó en las providencias T-449 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-386 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-581 de 2011 y Auto 111 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Sentencias SU-962 de 2009 M.P. Fabio Morón Díaz y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

38 Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

39 Sentencia T-553 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

40 Ibídem.

41 Sentencia T-112 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

42 Sentencia T-638 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

43 Sentencias SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-292 de 2006 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

44 Sentencias SU-047 de 1999, y las sentencias C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En los primeros pronunciamientos, la Corte se refirió a la ratio decidendi como cosa juzgada implícita.

45 Sentencia T- 1317 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

46 Sentencia T-525 de 2010 y T-100 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez.

47 Sentencia T-698 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

48 Sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

49 Sentencia T-683 de agosto de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 Sentencia T-698 de 2004 M:P. Rodrigo Uprimny Yepes

51 Sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa oportunidad la Sala Plena de esta Corporación expuso: “La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.”

52 Sentencias T-698 de 2006 M.P: Rodrigo Uprimny Yepes y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

53 Sentencia T-112 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

54 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

55 Esta posición se reiteró en la sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

57Ibídem.

58M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

59M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

60Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

61Perelman, Chaim, La lógica Jurídica y la nueva retórica, Ed. Civitas, 1980 Pág. 214.

62Moral Soriano Leonor; El precedente judicial; Ed Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid 2002, Pág. 129

63Ibídem Pág. 148.

64Ibídem Pág. 146.

65Taruffo Michele, Precedente ed esempio nella decisioni giudiziaria, en Revista Trimestrale di Distrito e Procedura Civil 1994 Pág. 26

66Op.cit, Moral Soriano Leonor; El precedente judicial, Pág.130.

67Aarnio,Aulis; Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica; p. 126; López Guerra, Luis; La Creación Judicial del Derecho; en El Poder Judicial en el Estado Constitucional; p. 96.

68 Op.cit., Moral Soriano Leonor; El precedente judicial, Pág. 145 y 146

69López Medina Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

70Sentencia T-698 de 2006 M.P: Rodrigo Uprimny Yepes que afirmó “Precisamente en la sentencia C-104 de 1995(Alejandro Martínez Caballero), se dijo que el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 superior, de manera tal que el derecho de acceder igualmente ante los jueces, se entendiera no solo como la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también como la posibilidad de recibir idéntico tratamiento por parte de estas autoridades y de los tribunales, ante situaciones similares”

71M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

72Sentencias T-330 de 2005 y T-698 de 2004.

73M.P Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido, la sentencia T-049 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernandez) consideró que se configuró un defecto por desconocimiento del precedente, dado que el tribunal accionado desatendió una decisión anterior a la que fue objeto de estudio. La autoridad judicial negó las pretensiones plasmadas en la demanda de pertenencia presentada por la actora de tutela de ese entonces, porque consideró que no reunía el tiempo de posesión para adquirir el derecho de dominio de un bien inmueble. Este fallo desconoció una decisión del mismo tribunal demandado que determinó que la accionante había demostrado la excepción de prescripción en el marco de una acción reivindicatoria. En los dos procesos señalados, las partes, los hechos y las pruebas fueron las mismas, además el fondo en cada asunto versó en determinar el tiempo de posesión ejercido sobre el inmueble por parte de la peticionaria. “La anterior situación permite a esta Sala asegurar que el Tribunal desconoció su propio precedente, pues ha debido, tal y como lo anotó el a-quo en el fallo de tutela, ‘pronunciarse de cara a la sentencia que definió igualmente en segunda instancia el trámite reivindicatorio del que tuvo conocimiento’, ya que no sólo entra en contradicción con su decisión anterior, sino que hace una nueva valoración”. De hecho, advirtió que “para que el Tribunal pudiera apartarse del precedente era necesario el cumplimiento de dos requisitos, esto es, que (i) hubiera hecho referencia al precedente que se deja de lado, y (ii) ofrecido una carga argumentativa seria, suficiente y razonada, donde se explicara por que se separaba de las propias decisiones. Sin embargo, en esta oportunidad el Tribunal accionado en la sentencia dentro del juicio de pertenencia no hizo alusión a su decisión dentro del proceso reivindicatorio y por ende tampoco explicó el por qué del cambio de parecer con lo ya definido”.

74M.P Juan Carlos Henao Pérez.

75M.P. Luis Ernesto vargas Silva

76Sentencia T-028 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

77En este acápite, la Sala retomará lo planteado en la sentencia T-282^a de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

78 Sentencia T-522 de 2001, citada en sentencia C-590 de 2005.

79 Sentencia T-717 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

80 Sentencia SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

81 Sentencia T-1222 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

82 Sentencia T-284 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido la sentencia T-1001 de 2001.MP. Rodrigo Escobar Gil

83 Sentencia T-1029 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo.

84 Sentencia T-551 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

85 Sobre la interpretación contraria a los postulados constitucionales como causa del defecto sustantivo pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-1185 de 2001 M.P: Rodrigo Escobar Gil, T-164 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-604 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

87 Sentencia T-1045 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

88 Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

89 Sentencia C-310 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

90 Op.cit, sentencia C-521 de 1995.

91 Sentencia SU-995 de 2009 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido opinó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencias del 27 de noviembre de 2012, radicación N° 42277; del 13 de junio de 2012 radicación 39.475; y del 5 de junio de 2012, radicación 40530 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

92 Sentencia SU-995 de 2009 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

93 Sentencia C-228 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

94 Op.cit., sentencia C-521 de 1995.

95Op.cit, sentencia C-310 de 2007. En similar sentido ver sentencia C-892 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

96González Charry Guillermo, Derecho Individual del Trabajo, séptima edición, Ed. Biblioteca Jurídica Diké Bogotá 1991, Pág. 489; Campos Rivera, Domingo, Derecho Laboral, séptima edición, Ed. Temis Bogotá 2003, Pág. 318 y 319; Isaza Cadavid, Derecho laboral aplicado: derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral, 14ª edición, Ed Leyer, Bogotá 2010 págs, 171 -172.

97Ibídem.

98Op.cit, sentencia C-310 de 2007. En similar sentido ver sentencia C-892 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

99Op.cit., sentencia C-521 de 1995

100Sentencia C-710 de 1996 M.P Jorge Arango Mejía.

101Ibidem.

102Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 24 de mayo de 2011, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. No. 36355.

103Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, las sentencias del 25 de mayo de 2009 M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. No.32657; del 24 de mayo de 2011, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. No.36355; y de 22 de mayo de 2013 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, Rad. 37416.

104Op.cit., Isaza Cadavid, Derecho laboral aplicado: derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral, Pág., 172.

105Op.cit., González Charry Guillermo, Derecho Individual del Trabajo, Pág. 189.

106M:P. Jorge Arango Mejía. Es esa oportunidad se demando la totalidad del artículo 128 del C.S.T., empero la Sala Plena solo analizó la primera parte de la norma, porque la sentencia

C-521 de 1995 estudió la segunda sección del artículo. Esta providencia hizo transito a cosa juzgada. La proposición normativa estudiada en el fallo C-710 de 1996 es: “No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes”.

107Op.cit., González Charry Guillermo, Derecho Individual del Trabajo, Pág. 490-491; Campos Rivera, Domingo, Derecho Laboral Pág. 319; Isaza Cadavid, Derecho laboral aplicado: derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral Págs., 171 -172.

108Op.cit., González Charry Guillermo, Derecho Individual del Trabajo, Pág. 491.

109Ibídem Pág. 525

110Las prestaciones del título IX del Código Sustantivo del Trabajo como son las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio serán sufragadas por el empleador en los casos excepcionales en que no son asumidas por el sistema general de seguridad social o los regímenes especiales.

111M.P. Antonio Barrera Carbonell

112Ibídem.

113Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencia del 25 de enero de 2011, radicación N° 37037 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

114 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencias del 27 de noviembre de 2012 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, radicación N° 42277; del 25 de enero de 2011 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, radicación N° 37037; del 1º de enero de 2011 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, radicación No 35771; del 10 de Julio de 2006 M.P. Luis Javier Osorio López, radicación No 27325.

115Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencias del 25 de mayo de 2009 M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. No.32657; del 24 de mayo de 2011, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad. No.36355; del 18 de septiembre de 2012, M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz. radicación No. 39266; y de 22 de mayo de 2013 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, Rad. 47416.

116M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, radicación: No 35771. De similar forma, la sentencia del 27 de enero de 2010 (M.P. Luis Javier Osorio López, radicación No 36411) estableció que los gastos de viaje que recibía el presidente ejecutivo de la Fundación Parque de la Cultura de Armenia no tenía el carácter de salario, porque era un pago que el actor recibía por el desempeño adecuado de sus funciones, conforme lo establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

117 Otra muestra de ese criterio es la sentencia del 5 de junio de 2012 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, radicación No 40530), fallo en el cual la Corte Suprema de Justicia determinó que las primas de antigüedad y de vacaciones que devengaba un trabajador del Banco Ganadero no hacían parte del salario. “De acuerdo con lo expresado, la connotación salarial de las mencionadas primas, no depende de que la convención colectiva de trabajo se aplicara a quien se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo, sino de la forma en que está concebida la prestación extralegal y lo que es dable entender de su objetivo, esto es, si su pago está o no remunerando o retribuyendo la labor efectuada por el trabajador”. Esta posición se basó en la sentencia del 13 de julio de 2010, en la que se advirtió frente a la prima de vacaciones, “es claro que lo sostenido por la Corte es que debe examinarse, en cada caso en particular, la causa y finalidad del pago para de tal forma precisar si tiene el carácter retributivo del servicio, lo cual ubica la controversia en el terreno de lo puramente fáctico, en donde se ha sostenido por esta Corporación que no cabe aplicar la favorabilidad como norma rectora, sino los principios de la carga y valoración de la prueba” .

118Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 1993 M.P Hugo Suescún Pujols radicación 5481. En el mismo sentido los fallos del 24 de abril de 2007 M.P. Isaura Vargas Díaz, radicación 27851; y del 20 de octubre de 2009 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, radicación 35151.

120MacCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford Clarendon Press New York.

Oxford University Press 1978, Pág 263.

121Ibídem, Pág 43.

122Op.cit., sentencia C-892 de 2009.

123 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; M.P. Eduardo López Villegas, Referencia: Expediente No. 35579, Acta No. 29, sentencia del 28 de julio de dos mil nueve (2009).

124Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencia del 12 de agosto de 2009 M.P Martha Ruth Ospina Gaitán, rad. 110013105027200800131-01

125Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencia del 26 de marzo de 2010 M.P Jorge Luis Quiroz Alemán, rad. 110013105028200900310-01

126En la sentencia del año 2009 el Tribunal señaló: “así el debate se centra en determinar la validez de tal pacto [gasto de movilización], al extremo impugnante dicho rubro tiene las características propias del salario”. De igual modo en el fallo del año 2010 se estableció que el problema jurídico correspondería a “determinar si el auxilio de movilidad pactado por las partes es constitutivo de salario y si debe por tanto tenerse en cuenta para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales”.

127Op.cit, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencia del 12 de agosto de 2009 M.P Martha Ruth Ospina Gaitán. En el mismo sentido señaló la sentencia del 26 de marzo de 2010: “es claro que dentro del principio de autonomía de las partes, éstas cuentan con la libertad para estipular pagos no constitutivos de salario en los términos que lo establece el artículo 128 C.S. de T., sin embargo, no se puede desconocer que dichos acuerdos no pueden recaer sobre elementos”.

128Op.cit, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencia del 12 de agosto de 2009 M.P Martha Ruth Ospina Gaitán. El Tribunal llegó a esta conclusión con dos testimonios recopilados en el proceso.

129Ibídem.

130 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, Sentencia del 26 de marzo de 2010 M.P Jorge Luis Quiroz Aleman, rad. 110013105028200900310-01

131 El fallo reseñó que dentro del objeto social de EMERMÉDICA se estipuló: “(...) 2) La prestación de servicio de ambulancia bajo el sistema de prepago; 3) el traslado de enfermos mediante la utilización de unidades dotadas para el efecto”. Por su parte, la providencia citó la cláusula 4ª numeral 5ª de los contratos de trabajo que señala que “el TRABAJADOR se transportará dentro del perímetro de cobertura del servicio en la ciudad, en la unidad móvil que el EMPLEADOR le señale, trátase de camioneta, automóvil o motocicleta y/o motoneta según sea el caso”.

132 Ibídem.

133 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral M P. Eduardo López Villegas, Referencia: Expediente No. 35579, Acta No. 29, Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil nueve (2009).

134 Ibídem.

135 Ibídem.

136 Ibídem.