

CAPÍTULO VII

UTILIZACIÓN DEL DESPIDO LEGAL SIN JUSTA CAUSA COMO ELEMENTO PARA VULNERAR DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LABORAL EN COLOMBIA

Juan Felipe Díez Castaño¹

© <https://orcid.org/0000-0003-3208-3712>

Henry José Devia Pernía²

© <https://orcid.org/0000-0002-9238-5141>

Pablo Daniel Hurtado Quintero³

© <https://orcid.org/0000-0001-6408-0431>

-
- 1 Abogado litigante de la Institución Universidad de Envigado. Especialista en Seguridad Social. Candidato a magíster en Educación y Derechos humanos. Coordinador del semillero de investigación en derecho laboral 1 de mayo de la Institución Universitaria de Envigado.
✉ abogadojuan@live.com
 - 2 Doctor en Ciencias Políticas, Postgrado en Doctrina Social con énfasis en Ética Social y Política, Licenciado en Filosofía. Docente e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Coordinador del Semillero de investigación Pensamiento Sociopolítico
✉
 - 3 Abogado litigante de la Institución Universidad de Envigado. Investigador del semillero de investigación en derecho laboral 1 de mayo de la Institución Universitaria de Envigado.
✉ danielh.iue@gmail.com

Cita este capítulo:

Díez Castaño, J. F., Devia Pernía, H. J. y Hurtado Quintero, P. D. (2021). Utilización del despido legal sin justa causa como elemento para vulnerar derechos humanos en el ámbito laboral en Colombia. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 225-267). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.7>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Resumen:

Dentro del paradigma jurídico colombiano, existe la figura del *Despido legal*, disposición en virtud de la cual un empleador puede despedir sin justa causa a los trabajadores que tenga a su cargo, reconociéndoles una indemnización económica. Esta disposición, que es la regla general dentro del ordenamiento jurídico nacional nace como el medio de protección a la estabilidad en el empleo adoptado por el Estado. Si bien esta norma tiene excepciones, como la *estabilidad laboral reforzada*, el despido sin justa causa legal -con pago de indemnización- sigue siendo la regla general en el orden interno. Sin embargo, a pesar de que este proceder sea legal, existen casos en que los empleadores se valen de esta facultad para violar derechos fundamentales de los trabajadores, obrando en contra de los fines dispuestos por la Constitución del 91, por tanto, es posible afirmar que existen casos en que el despido de trabajadores puede estar ajustado a la ley pero no a la Constitución.

Palabras clave. Despido legal sin justa causa, estabilidad laboral relativa y reforzada, derechos de los trabajadores, derechos fundamentales, ineficacia del despido.

INTRODUCCIÓN

Colombia, al ser un Estado social de Derecho propende por una concepción desarrollada de los derechos humanos, buscando una protección integrada y armónica de estos derechos con relación a todos sus asociados. Dentro del abanico de derechos consagrados en la Carta Política del 91 se encuentran prerrogativas orientadas a proteger el bienestar de los trabajadores, tales como el derecho a la libertad de asociación sindical, a la seguridad social y al trabajo en condiciones dignas y justas, postulados los cuales, dentro de la realidad ontológica encuentran una yuxtaposición con el derecho a la libertad económica y el libre desarrollo de las empresas protegido también por la norma de normas.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el legislador ha buscado sentar garantías para la protección de los derechos de los trabajadores, esto en desarrollo de la integración al bloque de constitucionalidad, de tratados internacionales al respecto, limitando así en cierta medida el ejercicio arbitrario de los empleadores en pro del cuidado de los derechos fundamentales de la clase trabajadora.

En esta medida Colombia ha instituido el *despido legal sin justa causa* -con pago de una indemnización tarifada- como mecanismo idóneo para proteger los derechos obreros y a la vez respetar la libertad económica, derecho base de los Estados liberales y protegido por el Constituyente del 91, limitando esta prerrogativa solamente en favor de los sujetos de especial protección constitucional -frente a los cuales procede una estabilidad laboral reforzada-, esto, con el fin de materializar el principio de igualdad.

Sin embargo, existen casos en que no siempre las situaciones amparadas por las normas jurídicas positivas son acordes a los fines

perseguidos constitucionalmente. Dado lo anterior el presente escrito pretende vislumbrar si ¿el despido legal sin justa causa con pago de la indemnización tarifada puede ser utilizado como medio para violar los derechos humanos en el ámbito laboral?

En aras de responder este interrogante el presente escrito abordará tres ejes temáticos. En primera medida se desarrollará teóricamente el concepto de estabilidad laboral relativa, el cual surge como medio para proteger la estabilidad en el empleo y se categorizará como medida de equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de libertad económica a la luz de la Constitución de 1991 en Colombia.

En segunda medida, se argumentará sobre la primacía de los derechos humanos dentro del Estado social de derecho colombiano, tomando como ejemplo la aplicación de la *estabilidad laboral reforzada*, elaborando una ilustración teórica del origen de ciertos derechos laborales a la luz del bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En última instancia, se realizará una construcción teórica a través de casos hipotéticos, la cual pretenderá demostrar que, conforme al entramado del ordenamiento jurídico, existen casos en que el uso arbitrario de la primera figura puede dar pie a la violación de los derechos humanos de los trabajadores por parte de los patronos, viéndose los segundos en cierta medida “amparados por las leyes”. Sin embargo, como se pretende argumentar durante el escrito, estas conductas no estarían acordes con la Constitución y por tanto contrarían los fines perseguidos por el constituyente.

Estabilidad laboral relativa como medio de garantía de la libertad económica y del trabajo en condiciones dignas y justas:

El protocolo de San Salvador, adicional a la Convención americana de derechos humanos de 1969, suscrito en esa ciudad en

1988, indica en su artículo 7 que los trabajadores tienen derecho a la estabilidad en el empleo. Este derecho se encuentra consignado en el literal (d), de la mencionada disposición así:

Artículo 7.

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

La norma internacional atrás citada, señala tres opciones en caso de despido injustificado: i) el derecho a una indemnización, ii) la readmisión en el empleo -reintegro-, o iii) cualquier otra prestación prevista por el ordenamiento jurídico de cada país⁴.

El protocolo de San Salvador fue ratificado por medio de la ley 319 de 1996 y por lo tanto hace parte del bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, que establece que los tratados internacionales ratificados

4 Estas tres opciones también se encuentran señaladas en el artículo 10 del convenio 158 de la organización internacional del trabajo -este convenio no ha sido ratificado por el congreso colombiano-.

por el Congreso, acerca de derechos humanos, son parte preferente del ordenamiento constitucional. En razón de lo anterior, es posible indicar que el protocolo de San Salvador tiene fuerza vinculante dentro del sistema jurídico colombiano.

Ahora bien, el hecho de que el artículo de marras consagre tres opciones normativas ante el despido injusto, indica que la misma norma internacional plantea la posibilidad para cada Estado, de implementar como mecanismo de protección del derecho de conservación del empleo, o bien una medida de estabilidad laboral reforzada, o por el contrario una medida de estabilidad laboral relativa.

La medida denominada estabilidad laboral reforzada, se presentaría cuando un Estado, utiliza como mecanismo de protección a la conservación del empleo la opción del reintegro, mencionada en el artículo 7 del protocolo en cuestión. En este caso, al optar por el reintegro se configura una estabilidad laboral reforzada, como quiera que el vínculo laboral no se puede diluir, si no es por una justa causa, generalmente de carácter disciplinario, de orden legal, reglamentario, convencional, arbitral o contractual; pactado entre trabajador y empleador. De este modo, ante un despido injustificado, el trabajador puede recuperar su empleo, lo que hace que la relación contractual esté revestida de una mayor fortaleza que impide su culminación.

Por su parte, la medida denominada estabilidad laboral relativa, se presenta cuando el Estado respectivo, acoge como mecanismo para limitar la posibilidad de los patronos de dar por terminado unilateralmente y sin justa causa, los vínculos contractuales con sus empleados, la aplicación de una indemnización o cualquier otro tipo de prestación económica a favor de estos últimos.

Descendiendo al ordenamiento jurídico colombiano, cabe anotar que el artículo 53 Superior, establece cuales son los principios del derecho laboral, entre los que aparece el de estabilidad en el

empleo. Este principio tal y como ha sido comprendido por la jurisprudencia, es por regla general de carácter relativo, pues el empleador puede despedir al trabajador, aún sin que haya cometido una justa causa establecida legal, reglamentaria, convencional, arbitral o contractualmente, pagando a cambio, una indemnización determinada por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por el contrario, si el empleador pretende invocar una justa causa de las referidas con anterioridad, aquella para ser válida, debe obedecer al principio de proporcionalidad, pues un motivo abyecto o fútil, comportaría la violación no solo a tal principio, sino también al principio de estabilidad en el empleo, el cual busca precisamente que el trabajador conserve su cargo.

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre la materia en estudio, adoctrinó que el legislador colombiano adoptó por regla general una medida de estabilidad laboral relativa para la protección del derecho constitucional a la estabilidad en el empleo, en los siguientes términos:

“Así las cosas, para garantizar el principio de continuidad y la estabilidad en el empleo, el legislador nacional optó por imponer al empleador que despide sin justificación a un trabajador, la obligación de repararlo en los daños causados a su patrimonio, a través de una indemnización cuya tasación regula el Código Sustantivo del Trabajo. Por ello, contrario a lo que sostiene el recurrente, la vía escogida por el Estado colombiano, no riñe con el principio de progresividad de las leyes sociales ni con alguna norma que haga parte del bloque de constitucionalidad.” (SL – 4457, 2018).

Según lo anterior es posible afirmar que, en el ordenamiento jurídico interno, la regla general es la estabilidad laboral relativa. Esto quiere significar, que el legislador colombiano ponderó que este mecanismo de protección al derecho a la conservación del empleo

armoniza de una manera óptima los intereses obrero-patronales dentro de la realidad colombiana. Esos intereses prima facie son: i) la conservación del empleo para los trabajadores, y ii) La libertad económica para los empleadores.

Así las cosas, el Constituyente de 1991, al cambiar el paradigma y constituir a Colombia como un estado social de derecho, procuró el desarrollo avanzado de la comprensión de los derechos, entre estos, los derechos de los trabajadores como elemento para garantizar la dignidad humana de los mismos. En esta medida se plasmaron en la Constitución varias prerrogativas tales como el trabajo en condiciones dignas y justas -Art. 25 C.P-, libertad de asociación sindical -Art. 39 C.P-, derecho a la negociación colectiva y a la huelga -Arts. 55 y 56 C.P- a la remuneración mínima vital y móvil estabilidad en el empleo -Artículo 53 C.P-.

Los mencionados derechos constitucionales, dentro del modelo económico que defiende el Estado social de derecho, no son de carácter absoluto, sino que deben ser entendidos en un desarrollo armónico respecto a la libertad económica como base de los Estados liberales.

La Corte Constitucional de Colombia, ha expresado que el modelo económico que reposa en la Carta fundamental de 1991 es el propio de una economía social de mercado, donde la producción de bienes y servicios no es un monopolio del Estado, pero tampoco se deja dicha actividad en manos de los particulares sin ningún tipo de intervención, bajo una libertad absoluta sin restricciones. Esta tesis ha sido defendida por la alta corporación, entre otras, en Sentencia C-032 de 2017, así:

“El Estado Constitucional colombiano es **incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico**, en el que se proscribe la intervención estatal, **como con modalidades de economía de planificación centralizada en las**

que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, **para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no solo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento,** todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia” (Subrayas y negrilla fuera de texto.) (C-032, 2017)

La adopción de un modelo económico de tales características, economía social de mercado, conlleva consecuencias prácticas en todas las áreas del derecho, incluyendo el derecho laboral, entre las que se encuentra ajustar el concepto jurídico denominado estabilidad laboral a las realidades de una economía liberal corregida, donde existen picos de flujo de capitales y periodos de producción de bienes y servicios ascendentes y descendentes, que determinan la necesidad o no de determinada cantidad de mano de obra.

En ese contexto y apelando a las palabras de la Corte Constitucional, si los empresarios tienen derecho a buscar ganancia, es legítimo para aquellos poder prescindir de la mano de obra que no se ajuste a la realidad fáctica de la economía de cada momento.

De este modo un sistema de estabilidad laboral relativa se muestra como el más acorde para proteger el derecho a la libertad económica, sin descuidar empero, los valiosos derechos laborales que permiten mantener condiciones de justicia y equidad con relación a la clase obrera.

Ahora bien, es menester aclarar que un sistema de estabilidad laboral relativa no debe confundirse con un modelo donde el empleador tiene libertad total y absoluta para dar por terminado el vínculo laboral y sin que se genere consecuencia indemnizatoria alguna. Un sistema así entendido no sería ni siquiera coherente con el modelo económico liberal clásico, en el que se entiende al contrato como una ley para las partes, tal y como lo dispone por ejemplo el decimonónico artículo 1602 del Código Civil colombiano, redactado en pleno apogeo del liberalismo -siglo XIX- por Don Andrés Bello, estatuto que a su vez, en el artículo 1546, establece que en todo contrato va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento de lo pactado, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Es por lo anterior que ni en un sistema liberal clásico de no intervención, ni mucho menos en un modelo de economía social de mercado, donde el Estado tiene un papel activo en arbitrar la sociedad con el fin de corregir situaciones de injusticia material, el empleador tiene una potestad omnímoda para darle finalización al vínculo laboral, de tal modo que, como se dijo atrás en este capítulo, cuando exista una terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el sistema de estabilidad laboral relativa, adoptado por el legislador, sale al auxilio del trabajador, obligando al patrono a pagar la correspondiente indemnización de perjuicios tarifada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo. Así lo refiere Isaza Cadavid (2014):

“Ahora bien, cuando el patrono incumple su obligación de mantener vigente el contrato de trabajo en los términos convenidos

y rompe sin justa causa, se hace automáticamente responsable y deudor de una obligación distinta: la de pagar el valor de la indemnización correspondiente, que en la actual normatividad legal para el sector privado comprende, por regulación previa, el daño emergente y el lucro cesante.” (p. 138)

Cabe resaltar que cuando se afirma que la indemnización por despido sin justa causa en materia laboral es tarifada, se quiere indicar que ya con antelación el legislador previó que en caso de ruptura injustificada del vínculo laboral el empleador debería al trabajador, las siguientes sumas dinerarias, dependiendo de la clase de contrato laboral:

- a. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral a término indefinido:
 - Para trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV: 30 días del último salario por el primer año de servicios o tiempo inferior, y 20 días de salario por cada año de servicios adicional al primero y proporcionalmente por fracción.
 - Para trabajadores que devenguen más de 10 SMLMV: 20 días de salario por el primer año de servicios o tiempo inferior, y 15 días de salario por cada año de servicios adicional al primero y proporcionalmente por fracción.
- b. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral a término fijo: equivale al monto de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido hasta la fecha inicialmente convenida de terminación de aquel.
- c. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral por obra o labor determinada: equivale al monto de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido hasta la fecha de la culminación de la obra o labor contratada. En este

caso el monto de la indemnización no puede ser inferior a 15 días de salario.

Es insoslayable indicar que la indemnización de perjuicios tarifada de que se viene hablando comprende dos elementos concretos: el daño emergente, esto es el perjuicio inmediato que se causa con ocasión a la ruptura del contrato de trabajo y, el lucro cesante, esto es la pérdida futura de ganancia que se produce en el patrimonio del trabajador por cuenta de dicha disolución. Autores como Plazas (2015) concuerdan con lo señalado atrás al manifestar que:

“Cuando se termina un contrato sin justa causa, se está causando un perjuicio al trabajador y considera la legislación laboral que ha habido un incumplimiento de lo pactado. En estos casos se debe pagar una indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante.” (p. 261).

No obstante, al tasar de antemano el monto de la indemnización con emolumentos económicos estandarizados para todos los casos, el legislador colombiano optó por una fórmula práctica, que evita dejar al trabajador la dura carga de probar ante los tribunales el monto de los perjuicios patrimoniales que el patrono le causó al dar por fenecido el pacto contractual. En esa línea “con criterio esencialmente práctico, el legislador de 1965 tarifó conjuntamente los perjuicios correspondientes al daño emergente y al lucro cesante teniendo en cuenta la modalidad del contrato y la antigüedad del trabajador” (Isaza Cadavid, 2014, p. 138).

Como se indicó en el párrafo anterior, la indemnización de perjuicios tarifada comprende el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, surge la cuestión de si la terminación injustificada del contrato laboral puede dar lugar a indemnizar perjuicios extrapatrimoniales, como en efecto lo sería el daño moral. Frente al punto, ha de aclararse que el daño moral es el sufrimiento, angustia o dolor psicológico que padece el trabajador producto de la aniquilación injustificada del vínculo contractual.

Para dilucidar la cuestión precedentemente planteada, es pertinente acudir a lo que ha adocinado la sala laboral de la sala de casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, corporación que mediante Sentencia identificada con radicado SL-4510 de 2018, M.P Rigoberto Echeverri Bueno, afirmó que la terminación unilateral de un contrato de trabajo sin causa legalmente amparada por el ordenamiento jurídico, perfectamente puede dar lugar a causar perjuicios extra patrimoniales en la modalidad de daño moral, sin embargo, corresponde al demandante la carga de demostrarlos ante la justicia del trabajo. En esa oportunidad la alta corporación se expresó así:

“Para la Sala, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y continúa la Corte señalando:

“Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.” (subrayas y negrilla fuera de texto.)

Se concluye entonces, según lo visto arriba que, la causación y tasación de perjuicios morales es una excepción a la regla general referente a que, en materia de indemnización de perjuicios producto de la terminación de un vínculo laboral, se debe buscar su reparación a través de las tarifas anticipadamente establecidas por el legislador. En estos casos le corresponde al reclamante probarlos, y como también lo ha afirmado la H. Corte Suprema de Justicia, su determinación se encuentra circunscripta al arbitrio judicial ponderado del fallador. En ese sentido se manifestó la alta corporación:

“Resulta pertinente traer al caso lo expuesto por esta Corte en Sentencia CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 32720 en cuanto a que la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, **queda a discreción del juzgador**, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, **así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño**». (Corte Suprema, Sentencia con radicado SL-4665 de 2018, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Puede observarse como entonces, según lo visto en líneas anteriores, que la existencia de un sistema de estabilidad laboral relativa, en modo alguno significa que el trabajador se encuentre huérfano de protección frente al derecho al mismo tiempo humano -Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948- y fundamental -Artículo 25 de la C.P de 1991- al trabajo en condiciones dignas y justas, que comporta como corolario la garantía de la conservación de un empleo que le permita a la persona trabajadora y a su familia procurarse los medios de subsistencia a fin de no pasar necesidad.

Por el contrario, se puede retomar la idea esbozada inmediatamente atrás, insistiendo que en Colombia el legislador optó por un

sistema de estabilidad laboral relativa para la protección al derecho al trabajo, sin perjuicio del derecho a la libertad económica dentro del marco de una economía social de mercado. En ese sentido, a nivel nacional se optó por este modelo, con el fin de armonizar ambos derechos constitucionales, pues lo cierto es que, la autonomía de la iniciativa privada también encuentra respaldo en el artículo 333 Superior.

Muestra del importante papel que para el Constituyente de 1991, representó a la hora de la redacción del texto constitucional, el derecho a la libertad económica, igualmente conocido como iniciativa privada, es que aquél la valoró en una dimensión amplia en los debates que dieron lugar a la producción final de la Constitución:

“al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, **el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal.** No obstante, y a pesar de estar contenida en el término de actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Siguiendo la línea precedente, resulta viable expresar que, si bien el derecho a la libertad económica debe ser garantizado en un Estado que se llame a sí mismo liberal, aquél puede ser limitado en razón de fines Constitucionales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional:

“La Corte reafirma así, su jurisprudencia sobre la importancia de las libertades económicas como base del desarrollo económico

y social, y garantía fundamental de una sociedad democrática y pluralista y reitera la existencia de límites que la Constitución expresamente establece en relación con el ejercicio de esas libertades como son la defensa del interés social y los deberes de intervención del Estado como estrategia de armonización de los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que en determinados casos, involucra tal actividad.” (Sentencia C-697de 08)

Con base en lo dicho, cabe advertir, como se verá en el desarrollo del acápite siguiente que, con base en la primacía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, existen situaciones donde puede operar por excepción el sistema de estabilidad laboral reforzada -también llamada estabilidad ocupacional reforzada- a favor de cierto grupo de trabajadores que tienen la condición de ser sujetos de especial protección constitucional con base en categorías como la condición física, mental o económica del aquellos, o también por su condición de trabajadores sindicalizados. Sin embargo, vale dejar como afirmación general que, la coexistencia de los dos sistemas de protección al derecho al trabajo, uno por vía general -estabilidad laboral relativa- y uno por vía excepcional -estabilidad laboral reforzada-, no implica perder de vista otras situaciones donde, por la flagrante violación de derechos humanos se pueda pretender la ineficacia del despido sin justa causa del trabajador.

Primacía de los derechos humanos en el ámbito laboral en el ordenamiento jurídico colombiano:

En 1991, el ordenamiento jurídico colombiano varió luego de la promulgación de una nueva Carta Política, por medio de la cual, Colombia pasaba a ser un Estado *Social* de Derecho (Restrepo, 2018, pp 37-41). En razón de esto, el Estado ya no se comprende únicamente como una limitación al poder, tal y como se hacía en los Estados Liberales de derecho, sino que se procura la actuación armónica de los entes estatales en aras de una mayor intervención

que busque materializar los fines perseguidos en la sociedad. Al respecto del término “social” la Corte ha manifestado:

“Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” (SU - 747/1998).

Es menester aseverar que todos los derechos humanos tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico interno de la república de Colombia. Así se desprende de la noción denominada *bloque de constitucionalidad*, que tiene como base varios artículos de la carta fundamental de 1991. Es por lo anterior que Uprimny (2005), indica que:

“La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe

entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. (p.13)

A partir del advenimiento de la Carta política de 1991, todas las áreas del derecho, incluyendo la del trabajo, se vieron impregnadas de un proceso de constitucionalización, conforme al artículo 4 Superior, que dispone que aquel texto es la norma de normas y que, en caso de incompatibilidad de esta con otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. La norma indicada, consagra el llamado *principio de supremacía constitucional* e implica que ningún área del derecho puede operar de manera ajena a los principios y valores constitucionales integrados en la Constitución pues aquella es la norma de normas.

A este respecto la Corte Constitucional, guardiana de la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano ha manifestado:

“La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental.” (C-415/2012)

A este proceso de constitucionalización de todas las áreas del derecho responde también al denominado *principio de constitucionalización inmediata*, que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional así:

“El principio de aplicación inmediata de la nueva Constitución conlleva dos clases de efectos: efectos frente a las normas jurídicas existentes en el momento de su entrada en vigencia, y efectos frente a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, como a las situaciones en tránsito de ejecución en ese momento. En cuanto a los efectos frente a la normatividad jurídica existente en el momento en el que se promulga la nueva Constitución, el principio de aplicación inmediata significa que, como regla general, tal normatividad conserva su vigencia, salvo que resulte contradictoria con el nuevo régimen. A este respecto ha indicado la Corte que «la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes.» La necesidad de evitar un colapso normativo, y de mantener la seguridad jurídica, sustentan el anterior principio de interpretación de los efectos de la Constitución en el tiempo, en lo que se refiere a su aplicación en relación con las normas vigentes.” (C-155, 1999)

Lo anterior quiere significar que al ser la Constitución norma de normas, esta prevalece desde el momento de su promulgación, tanto así que a pesar que se deben respetar las normas anteriores respecto a los procesos que iniciaron en vigencia de estas, dichas normas no podrán contrariar lo estipulado en la Carta Mayor, pues esta contiene los principios fundantes sobre los que se erige el sistema jurídico nacional.

Siendo así, en aras de una protección armónica de los derechos, el ordenamiento colombiano ha recogido varias disposiciones de carácter internacional al respecto de la protección de los derechos obreros. Un ejemplo de esto de la adopción de los Convenios número 87 y 98 de la OIT acerca de la libertad sindical y los dere-

chos de negociación colectiva. El ordenamiento jurídico colombiano también ha adoptado los convenios 100 y 111 los cuales buscan la igualdad de género, la equitativa remuneración y la no discriminación en el ámbito laboral.

Estas disposiciones han sido acogidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano a través de su integración al bloque de constitucionalidad por medio del cual, estas disposiciones se adhieren al orden jurídico tomando una jerarquía constitucional, tomando así el carácter de reglas y principios, así lo ha manifestado la Máxima Corporación:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.” (C-225, 95).

En este orden de ideas, al integrarse estos tratados y adoptar el rango constitucional, se revisten de obligatoriedad, por tanto, debe el Estado a través de sus ramas velar armónicamente por su garantía, otorgándoles una noción de prevalencia, en la medida que deben ser desarrollados legalmente y no se puedan ver limitados durante estados de excepción.

Se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. (C-225, 95)

Como se explicó en el acápite anterior, en Colombia la regla general de protección a la estabilidad laboral es *la Estabilidad relativa*, sin embargo, esta disposición contiene ciertas excepciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano, excepciones inspiradas en la comprensión avanzada de los derechos humanos en el Estado Social de Derecho.

Un claro ejemplo de esta primacía de los derechos humanos se ha evidenciado dentro del ordenamiento colombiano a través de la jurisprudencia constitucional, en desarrollo de la Carta magna de 1991, y de tratados internacionales de la OIT, que han construido un concepto denominado *estabilidad ocupacional reforzada*, mediante la cual, en aplicación del mandato de igualdad positiva, contenido en el inciso tercero del artículo 13 Superior, se ha establecido que ciertas personas por sus condiciones de vulnerabilidad manifiesta, no pueden ser despedidas sin justa causa, aunque se verifique el pago de una indemnización, sin permiso previo del inspector del trabajo, debiéndose acreditar para aquellos razones objetivas para la desvinculación, tales como situaciones disciplinarias.

Este es el caso de la estabilidad ocupacional reforzada por razón de la maternidad -SL4280-2017-, o la paternidad -en este último caso cuando la mujer del trabajador se encuentra desempleada, como se estableció en la Sentencia C-05 de 2017-, por ser prejubilado -al respecto ver la Sentencia T-693 de 2015-, o por encontrarse en situación de incapacidad o discapacidad relevante -SU-049 de 2017-, todas cuestiones que han sido abordadas conforme al principio constitucional de trato especial a favor de los más vulnerables, contenido en el ya referenciado inciso tercero del artículo 13 Superior.

Paralelamente, con base en lo dispuesto por el artículo 39 Superior, en Colombia se reconoce el fuero sindical, que consiste en el derecho que tienen ciertos miembros de un sindicato, de no ser despedidos, trasladados o desmejorados de sus condiciones de tra-

bajo, sin previa sentencia judicial, que implica para ser proferida en desfavor de dicha garantía, la acreditación de parte del empleador de una de las causales establecidas en el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo.

Partiendo de lo visto, se puede afirmar válidamente que tanto i) *la estabilidad ocupacional reforzada*, como ii) *la garantía del fuero sindical*, son excepciones a la medida general escogida por el legislador denominada estabilidad laboral relativa, como elemento para proteger la dimensión de conservación del empleo, propia del derecho al trabajo, todo lo anterior por cuanto la terminación del vínculo laboral no queda sometida a la mera autonomía de la voluntad privada.

La Corte Constitucional, al abordar el tema de la *estabilidad laboral reforzada* ha manifestado que esta es un desarrollo activo de los principios sobre los que se fundamenta el sistema jurídico nacional. Así pues, ha sostenido:

“El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, consagrados en la Constitución Política. Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.” (SU-040, 2018)

En la comprensión anterior, se puede concluir parcialmente que, por fuera de los casos señalados atrás, todo despido sin justa causa que esté amparado por la indemnización ya tarifada en la normativa laboral vigente, se ajusta a la legalidad. Sin embargo, no necesariamente un despido acorde a las normas-regla será conforme al ordenamiento jurídico integral, pues este no se compone únicamente de normas-regla, sino que estas están supeditadas a principios y disposiciones de mayor envergadura.

En razón de lo anterior es correcto afirmar que al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991 en Colombia, la comprensión axiológica y normativa varió en razón de la acepción del Estado Social de Derecho y por tanto las instituciones estatales se reencaminaron a un desarrollo avanzado de los derechos de las personas. Dado lo anterior, la Constitución debe primar sobre cualquier disposición de inferior jerarquía que la contraríe, pues esta contiene los mandatos de optimización que buscan encaminar el devenir jurídico del Estado Colombiano.

Dado esto, no tiene importancia que ciertas disposiciones clasifiquen ciertos actos como legales, si a través de estos actos se ven violentados los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, esta debe primar y por ende pueden existir ciertas situaciones que si bien son legales, no se podrá profesar de estas que son acordes a la Constitución.

Uso arbitrario de la estabilidad laboral relativa frente a los Derechos Humanos.

Una antigua regla del derecho señala lo siguiente: “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” (T-213, 2008). Dicha regla, que es un corolario del principio de buena fe, indica que nadie puede sacar provecho de su propia mala fe o dolo en que ha incurrido. Esta idea se encuentra acogida en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, pues el artículo 83 Superior establece como un deber tanto para las autoridades públicas como para los particulares, el de obrar conforme al principio de buena fe.

En la misma lógica que se viene planteando, quien pretende aprovecharse del propio error, o de la conducta dolosa, que tuvo como clara intención causar un daño a otro, obra en el marco de la antítesis de la buena fe, ya que es un criterio axiológico común de las normas jurídicas, que quien saca una ventaja de un daño, por vulnerar los derechos de los demás, no puede fincar allí, una

situación que esté amparada por el orden jurídico. Concordando con esa idea, Valencia Restrepo (2007), citando a Ulpiano indica:

“Ulpiano pregona que “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”. Señala además, los tres principios generales supremos o finalidades del derecho:

“Vivir honestamente, **no hacer daño a nadie**, dar a cada cual lo suyo”.” (p- 366) (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Es dable afirmar con base en la cita que, como uno de los principios generales del derecho es no causar daño a los otros, cuando una conducta de esa naturaleza se verifica, resulta antijurídico para el sujeto activo de la conducta, pretender que, con base en aquella, el ordenamiento jurídico le depreque alguna garantía subjetiva. Es por lo anterior que Monroy Cabra (2018) indica:

“Las personas deben observar una conducta leal al concluir sus negocios jurídicos. Las personas deben obrar con espíritu de justicia y de equidad y guardar corrección en todos sus actos. El artículo 83 de la Constitución dice: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. (p. 480).

Partiendo de lo formulado, debe señalarse que la exigencia de un obrar conforme al principio constitucional de buena fe tiene su antítesis entonces, en la prohibición de sacar provecho del abuso de los propios derechos, conducta proscrita por el ordenamiento constitucional colombiano como puede observarse de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 95 Superior. En respaldo de la idea anterior, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

“Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo

con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”. (T-213, 2008).

Todas las ideas expuestas hasta este punto se propalaron con el objetivo de dar cuenta que en la realidad fáctica del derecho: las normas pueden ser usadas por los titulares de aquellas para causar daño a otros, para efectuar violación de otros derechos entre los que pueden estar los derechos humanos, específicamente los que operan de una manera más próxima en el ámbito laboral.

El debate frente a la posibilidad de que normas jurídicas puedan comportar una distorsión con relación a los contenidos axiológicos que integran los derechos humanos fue identificada como una problemática de interés por el Constituyente de 1991. Es por ello que varias disposiciones de la Carta se ocuparon de dicha materia, con el fin de inclinar la balanza en favor de estos últimos. Recuérdese que la jurisprudencia constitucional y la doctrina han definido la idea de la supremacía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno dentro de un concepto denominado *bloque de constitucionalidad*, como ya fue explicado.

En este entendido, es evidente que el derecho laboral, como área del derecho compuesta por normas puede generar situaciones donde estas alcanzan a ser empleadas mediante un intolerable abuso del derecho que pone en jaque los derechos humanos. Esta afirmación encuentra respaldo en el hecho de que el mismo legislador anticipando la cuestión, incluyó expresamente el principio de buena fe en el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula las relaciones obrero-patronales en el sector privado a nivel nacional. La sola preocupación del órgano de producción normativa por la posibilidad de incursión por parte de los particulares, dentro de la ejecución de una relación laboral, en claras conductas de abuso del derecho, muestra que la positivización del principio de

buena fe, su contrario, en el estatuto laboral, tuvo como interés remediar esa eventual realidad deletérea, que podía afectar a la parte débil del vínculo contractual del trabajo.

No obstante lo dicho, ya en el mundo del acontecer, se pueden evidenciar hechos que, como se verá más adelante, lamentablemente comprueban la tesis planteada en el título de este artículo: En Colombia, ocurren situaciones donde a través de un abuso del derecho, los empleadores utilizan el despido sin justa causa, con el correspondiente pago de la indemnización tarifada en el artículo 64 del estatuto laboral, pretendiendo con esto último dar un viso de ajuste a la legalidad a su actuación, pero que en realidad esconde detrás la motivación deleznable de vulnerar los derechos humanos.

Para exponer un primer ejemplo, se podría traer a colación el caso de un grupo de trabajadores que pretenden constituir un sindicato, en ejercicio del derecho a la vez humano y constitucional, a la libre asociación sindical. El empleador sabedor de la intención de los trabajadores, procede a despedir sin justa causa, pagando la indemnización legal, a todos aquellos sobre quienes identificó la voluntad de conformar la organización laboral.

En el anterior ejemplo, debemos afirmar que el despido es legal en tanto que, la garantía del fuero sindical establecida en el literal a) del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, cobija a los fundadores de un sindicato desde el día de la constitución y hasta dos meses después de expedido el acto administrativo del Ministerio del trabajo que reconoce inscrita la organización en el registro sindical, sin que en ningún caso esta protección cronológica exceda de seis meses. Recuérdese que la garantía aludida, conlleva que el empleador no pueda despedir, en este caso, a los fundadores de un sindicato sin previa orden judicial y acreditando una justa causa de despido.

Ahora bien, en la medida en que los trabajadores del ejemplo abordado no alcanzaron a fundar la organización sindical mediante

la suscripción de un acta de constitución, formalmente no se encuentran amparados por la garantía del fuero sindical, y en consecuencia el empleador, *prima facie*, los podía despedir legalmente sin justa causa, pagando la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Un segundo ejemplo podría ser el caso de un trabajador que practica un culto religioso que le impide laborar el día sábado. La práctica de su ideología es sincera y no acomodaticia, sin embargo, aquella entra en claro choque con las necesidades operativas de la empresa y la lógica económica que es impermeable a las creencias individuales de aquel trabajador. Por lo tanto, el empleador, que requiere al empleado para atender su puesto el sábado, al encontrar la negativa de este a desempeñar su cargo en el mencionado día, procede a despedirlo sin justa causa, pagando la indemnización legal.

Un tercer ejemplo podría ser el caso de una trabajadora que, por el ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia, dada su creencia pública en una corriente política, es despedida sin justa causa por una empresa, pagando la debida indemnización legal. La compañía, cuyas directivas en este caso cohonestan con ideologías políticas de derecha, no consideran que las creencias políticas de la empleada sean acordes con los principios y valores de la organización empresarial.

Si se analiza el caso expuesto de manera inmediata, se puede colegir que claramente se trató de un despido sin justa causa, y que el pago de la indemnización tarifada por el artículo 64 del Código laboral, le otorga una apariencia de legalidad, no obstante, de fondo existe una clara motivación de dar por terminado el vínculo contractual a raíz de las opiniones políticas de la empleada.

Los tres precitados ejemplos otorgan suficiente ilustración de como *el sistema de estabilidad laboral relativa* puede ser usado

por el contratante en el ámbito laboral, para vulnerar los derechos humanos, quedando la conducta empresarial revestida superficialmente de legalidad con el pago de la indemnización establecida en el estatuto laboral.

Lo expresado arriba conlleva a que se pueda identificar un margen de interpretación que de mala fe es explotado por el empleador, con relación a la norma jurídica -artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo- que permite despedir sin justa causa al trabajador, pagando la indemnización. Este margen de interpretación contrario a derecho consiste en que el patrono, amparado en el pago de la indemnización por la terminación arbitraria y unilateral del vínculo contractual, cree poder ocultar o superar la vulneración de los derechos humanos implicados en cada caso concreto.

Sin lugar a equívocos, los anteriores eventos, comportan casos donde el despido de un trabajador puede ser legal, pero no constitucional, esto es, el supuesto fáctico -premisa menor- encuadra perfectamente en la descripción típica de la norma jurídica -premisa mayor-, y la consecuencia que se desata de la combinación de las dos premisas -el despido-, se ajusta a la lógica formal, pero no a los parámetros axiológicos propios del Estado Social de Derecho, entre los que ocupa un papel fundamental la garantía de los derechos humanos.

Cabe recordar que la garantía de los derechos humanos es, a nivel internacional una responsabilidad de los Estados, quienes bajo el principio *pacta sunt servanda* deben cumplir sus obligaciones internacionales, derivadas de la suscripción de tratados o convenios de derechos humanos de manera plena y completa. Al respecto Mejía Cáez (2017), señala:

“El Pacta Sunt Servanda: Este primer principio significa que los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados de buena fe. Este principio es considerado como el principio fundamental

del derecho internacional. Es obligatorio, es decir, que el tratado se convierte en ley para las partes, por lo tanto se debe acatar de forma adecuada y completa.” (p.17)

Y continúa subsiguientemente el autor ya citado, expresando a cerca de referido principio:

“(…) también lo encontramos consagrado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, al establecer “condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, igualmente en el numeral 2 del artículo 2 que dice: “los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.” (p. 17).

Sin embargo, existe una actual tendencia, a que los derechos humanos económicos, sociales y culturales -DESC-, también llamados de segunda generación y que son parte de la política social de los Estados, entre los que se encuentra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, no sean dejados solo a la responsabilidad de aquel órgano político. Autores como Papacchini (1997), citando a Evers profundizan en la anterior idea bajo los siguientes términos:

“La naturaleza del *welfare society*-escribe Evers- es la de ser un instrumento social del ciudadano para la autogestión de su propio ambiente y de su propia vida. La noción de sociedad de bienestar indica la tendencia actual a no dejar sólo al Estado la iniciativa y la responsabilidad de la solidaridad social. La política social-prosigue Evers- es considerada como el producto de una pluralidad de actores, de estrategias y de responsabilidades compartidas, más que como el fruto de una acción exclusiva del Estado, ejecutada en condiciones de monopolio.” (p. 133)

Sin que lo anterior quiera decir que los Estados se desentendían de sus responsabilidades en materia de derechos humanos, las Naciones Unidas ha compartido el criterio relativo a que la responsabilidad con relación a la protección de los derechos humanos también recae complementariamente en otros actores importantes de la sociedad. Las empresas, como entidades que son base para el desarrollo económico, tienen una función social que implica responsabilidades, tal y como acertadamente lo consagra el artículo 333 Superior.

En ese orden de ideas, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expidió la resolución 17/4 del 16 de junio de 2016, mediante la cual adoptó los *principios rectores sobre las empresas y derechos humanos*, elemento que constituye una guía para identificar los compromisos que tienen las compañías con estas garantías que se constituyen como los *primeros de todos los derechos*. La oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas (2011), refiriéndose al contenido de la mencionada resolución, expresó:

“La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos.

Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.” (p. 15) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Y a continuación, en desarrollo de la idea anterior, la oficina del alto comisionado precisa, que los derechos humanos propios del

ámbito laboral son parte de esa responsabilidad de las empresas de la que se viene hablando:

“La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.” (pp. 15-16).

Es claro que no solo según el ordenamiento jurídico nacional, sino también el internacional, las empresas tienen el mandato primordial de no vulnerar los derechos humanos. Es imperativo decir que la jurisprudencia constitucional, ha tratado de plantar cara al abuso del derecho de los empleadores, de despedir sin justa causa mediante el pago de la indemnización legal, cuando su motivación es la vulneración de derechos humanos. Puede citarse a manera de muestra, lo que expresó la Corte Constitucional al revisar un caso donde una persona había sido despedida de su empleo por cuenta de su orientación religiosa:

“Considera la Sala que en un caso como el que se estudia hay que considerar dos hipótesis diferentes. La primera es cuando la relación laboral contractual está vigente, y la segunda cuando la persona ha sido despedida, tal y como ocurre en este caso. En el primer evento la manera de garantizar el goce efectivo de la libertad religiosa es impedir que el empleador le imponga al trabajador la obligación de realizar la actividad que está coartando gravemente el ejercicio de la libertad religiosa de manera innecesaria y desproporcionada. En el segundo, el remedio es reintegrar al trabajador en condiciones tales que pueda cumplir con sus obligaciones laborales, y ejercer su derecho a la libertad religiosa.” (T-327, 2009)

Y a continuación, la Corte Constitucional precisa la manera en que debe ser protegida la violación del derecho humano, con relación al principio de Estabilidad en el empleo:

“En consecuencia, la Corte **ordenará el reintegro del accionante**, sin solución de continuidad, a un cargo igual o similar al que ejercía en el momento de su despido. Al igual que en la Sentencia T-982 de 2001, ordenará a la Empresa que: (i) respete el derecho constitucional del señor Salomón Mattos Mejía de disfrutar el “Sabath”, pudiendo establecer acuerdos para la compensación de las horas no laboradas y (ii) **ordenará compensar las liquidaciones o indemnizaciones que haya recibido el accionante con los salarios dejados de percibir.**” (T-327/2009) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Es oportuno resaltar como para el alto tribunal, las “indemnizaciones” -en clara referencia a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que haya recibido un trabajador, producto de la violación de un derecho humano, no constituyen un elemento que permita subsanar la misma, y en virtud de aquello consideró que el reintegro, es la medida más acertada que impide la materialización de la agresión a la garantía humana en amenaza. En este sentido, la Corte Constitucional edifica una tesis, consistente en que un despido sin justa causa, que tenga como base la transgresión a un derecho de la envergadura que se viene tratando, es ineficaz jurídicamente hablando.

Dado lo anterior es posible afirmar que la ineficacia del despido es la consecuencia jurídica que se puede identificar de lo manifestado en la providencia referenciada precedentemente, toda vez que en ella la Corte Constitucional ordenó el pago en favor del trabajador, de los salarios dejados de percibir entre el momento del despido y el cumplimiento de la orden de reintegro, lo que indica que para esa corporación judicial, el vínculo laboral jamás se disolvió con el despido efectuado por la entidad empleadora, y aquél siguió vigente sin solución de continuidad.

Con el fin de ilustrar como se entiende en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de *ineficacia* resulta útil mencionar una reciente Sentencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde esa corporación judicial adocrinó:

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La Sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*.” (SL – 1688/2019).

Y añade la Corte, sobre los efectos del acto:

“La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La configuración de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos” (Ibídem)

Con relación a lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo colombiano consagra en varios artículos prohibiciones relativas a discriminar a los trabajadores por razón de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales -v.gr. artículos 10 & 143 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo-. Es decir, que el *corpus iuris laboris* ya integra explícitamente como parte de sus derechos y garantías la prohibición de la realización de acciones que, con base en las categorías ante dichas, generen la violación de derechos humanos.

Por otra parte, el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que las disposiciones de esa normativa constituyen el míni-

mo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, y que en consecuencia *No produce efecto alguno cualquier estipulación que desconozca este mínimo*. Esta última disposición, es un ejemplo claro de la imposibilidad que tienen para producir efectos -ineficacia-, los actos que provengan del empleador, y que desconozcan las garantías consagradas en el ordenamiento laboral, entre las cuales sin duda está, como se entiende de lo indicado en el párrafo antecedente, la posibilidad de que el trabajador por ejemplo, profese una ideología religiosa o política, elemento que precisamente representa el contenido de dos derechos humanos: el de la libertad de cultos y el de libertad de conciencia.

Es en virtud de lo dicho que aparece como adecuada la posición sostenida por la Corte Constitucional, relativa a que en los casos en que un despido sin justa causa, tenga como génesis la violación a derechos humanos, como en definitiva sucedió en uno de los casos vistos anteriormente, donde la conducta del empleador riñó con la libertad religiosa, lo que debe declararse por parte de las autoridades judiciales es la *ineficacia del acto jurídico* que pretendió inapropiadamente aniquilar el vínculo contractual con el trabajador. En estos casos entonces, se muestra como inexorable el reintegro del empleado a su puesto de trabajo y el pago de las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir, así como la realización de las correspondientes cotizaciones al sistema de seguridad social integral, haciendo la ficción de que nunca ocurrió la terminación unilateral del convenio laboral.

En reciente Sentencia, el alto tribunal constitucional, reiteró la tesis entorno a la cual gira este capítulo, identificando con toda claridad que puede existir un despido con pago de la indemnización legal, mas esto, no lo hace *per se* ajustado a la Constitución, cuando detrás se esconda la vulneración a un derecho humano. En esta oportunidad la Corte estudió el caso de una profesora que hacía parte de la planta de personal de una universidad de carácter privado, quien, motivada por continuos actos de acoso sexual realizados de parte del personal masculino, hacia el personal femenino de

estudiantes y de vigilancia que laboraba en la institución, decidió emprender una serie de actividades para promover el conocimiento de los derechos de las mujeres, y los mecanismos jurídicos concretos que estaban a su disposición para conjurar este tipo de violencia de género.

Ante las acciones de la docente, la universidad decidió terminar su contrato laboral sin justa causa con pago de la correspondiente indemnización legal. Cuando la docente trató de averiguar el motivo de su desvinculación, la asesora jurídica de la Universidad le indicó que se debía a que “*su estilo no encajaba con la institución*”.

La Corte Constitucional, al analizar el caso, instruyó sobre los aspectos jurídicos que se desataron por la situación fáctica descrita en los párrafos anteriores, de la siguiente manera:

“d. Despido injustificado con pago de indemnización - inconstitucional: Tiene lugar cuando el empleador decide dar por terminado el vínculo laboral sin que medie una justa causa y con el respectivo pago de la indemnización consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, a pesar de que no sea evidente *prima facie*, se advierte la configuración de un motivo inconstitucional para el despido, que resulta en la vulneración de los derechos fundamentales irrenunciables del trabajador.” (T-238, 2018).

La Corte Constitucional reitera que el pago de la indemnización legal, en los casos donde se han vulnerado derechos humanos, no permite considerar que el derecho conculcado se encuentre restablecido, expresándolo en los siguientes términos:

“Este es el caso de los despidos que se realizan con ocasión de actos de discriminación por razón de criterios sospechosos, tales como la raza, filiación política, religión, género, maternidad, ejercicio del derecho a la libre asociación, condición de discapacidad, etc.

En este evento, el juez tanto laboral como constitucional está facultado para remediar el acto discriminatorio, **aun cuando se haya pagado una indemnización, toda vez que la finalidad de la acción de tutela es dar protección a los derechos fundamentales del trabajador, y evitar actos discriminatorios en el ámbito laboral.**” (T-238, 2018) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

La corporación judicial expresa que el reintegro es la vía adecuada para la protección de los derechos humanos y fundamentales conculcados en cada caso concreto:

“Ahora bien, la Corte Constitucional, para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores que han sido despedidos injustificadamente, ha optado, en general, por reconocer el reintegro, en caso de que el mismo se advierta conducente y que no afecte otros derechos de carácter fundamental, como es el caso de la dignidad humana . De esta manera, el juez deberá asegurar que la medida resarcitoria del daño ocasionado no vaya a generar una nueva afectación a los derechos fundamentales del trabajador, ni vaya a repercutir en una condición que desmejore su situación social y personal.” (T-238, 2018)

La Corte Constitucional esboza una serie de condiciones, siempre con miras en los intereses de la persona afectada por la violación de sus derechos humanos, que deben evaluarse con el fin de si el reintegro es la mejor medida para subsanar la vulneración a las garantías convencionales y constitucionales conculcadas:

“Por lo tanto, para determinar la conveniencia del reintegro, la Corte deberá analizar diversos aspectos de acuerdo con las particularidades del caso concreto. Por ejemplo, (i) que haya sido el demandante quien haya solicitado el reintegro, (ii) que el reintegro constituya un medio para resarcir la violación a sus derechos fundamentales vulnerados; y (iii) que el reintegro sea

un mecanismo efectivo para la protección del derecho al trabajo del demandante.” (T-238, 2018)

Con respecto a la primera condición, aquella siempre dependerá de la voluntad de quien solicita de parte de la justicia, el restablecimiento de sus derechos. Con relación a la segunda condición, se debe señalar que para la Corte Constitucional el reintegro es un medio para resarcir la violación de los derechos fundamentales vulnerados por el solo hecho de que la indemnización tarifada, no tiene la virtualidad de reparar una garantía de carácter inalienable e intangible:

“Finalmente, la Corte ha resaltado la compatibilidad del reintegro y el pago de la indemnización, asegurando que no son excluyentes. En efecto, el despido injustificado cuya motivación real tiene un carácter discriminatorio, genera dos tipos de daño: por un lado, una vulneración al derecho al trabajo y al mínimo vital, la cual puede ser resarcida a través de la indemnización contemplada por la ley. Por otro lado, genera una vulneración directa a principios y derechos de carácter constitucional, como es el caso del derecho a la igualdad, a no ser discriminado, a la dignidad humana, a la honra y al buen nombre. En tanto estos derechos son de carácter irrenunciable, el reintegro procedería como una medida para compensar el daño ocasionado al trabajador.” (T-238, 2018)

Finalmente, con relación a la tercera condición, la Corte expresa que “el juez podrá ordenar dicha medida siempre y cuando de su análisis resulte concluyente que el mismo no ocasionará consecuencias más gravosas para el trabajador.” (T-238, 2018). Debe resaltarse como ya se mencionó atrás, que los criterios que determinarán el reintegro del trabajador siempre deberán ser *pro homine*, es decir, buscando la mejor protección y garantía de los derechos humanos conculcados, y en esa medida es incorrecto invertir el análisis, considerando circunstancias relativas a la parte de la cual provino

el ataque al derecho humano afectado, tales como que el reintegro afecte la operatividad de la actividad económica, o la buena marcha de la organización empresarial.

Es posible entonces presentar como conclusión, del cúmulo de aspectos desarrollados en este capítulo, que en el ordenamiento jurídico colombiano se han identificado casos donde existe un abuso del derecho de parte de los empleadores, del sistema de *estabilidad laboral relativa*, adoptado como regla general por el legislador colombiano, consistente en que, a través del pago de la indemnización tarifada en la ley, se pretende el ocultamiento de violaciones a derechos humanos. Debido a lo anterior, la jurisprudencia constitucional y de otras autoridades como la Corte Suprema de justicia, se ha encargado de adoctrinar, que las vulneraciones a los derechos humanos y fundamentales deben ser encaradas a través de la declaratoria de ineficacia de estos actos, ordenando el reintegro laboral sin solución de continuidad a favor de las víctimas de la agresión a sus garantías ius humanísticas.

A manera de conclusión

- Existen internacionalmente dos opciones para proteger el derecho a la estabilidad en el trabajo: la indemnización y el reintegro
- Colombia adopta a través del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, un sistema de *estabilidad laboral relativa*, mediante el cual consagra la posibilidad para el empleador de realizar un despido legal sin justa causa con pago de una indemnización tarifada previamente en la ley.
- La Constitución de 1991 si bien busca proteger la libertad económica, la compagina en el ámbito laboral a través de un sistema de protección al derecho a la conservación del empleo denominado *Estabilidad laboral relativa*, que se erige como la regla general dentro del ordenamiento jurídico vigente.

- La estabilidad laboral relativa es un modo de armonizar la libertad económica y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.
- En Colombia, al ser un Estado Social de Derecho, se busca el desarrollo avanzado de los derechos de todos los asociados, procurando proteger los derechos fundamentales sobre las demás prerrogativas legales. Para garantizar este cometido, dentro del ordenamiento jurídico, la Constitución y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, se encuentran en una posición de mayor jerarquía frente a las normas-regla, esto en razón de que las primeras llevan dentro de sí la carga axiológica y los mandatos de optimización que determinan la racionalidad a la que el Estado aspira.
- En razón de la primacía de los derechos fundamentales, el Estado puede limitar otros derechos o postulados como por ejemplo la libertad económica, la cual no es absoluta pues esta se encuentra subordinada a la garantía de los derechos humanos dentro de los Estados. Un ejemplo de esto es la *Estabilidad laboral reforzada* a favor de sujetos de especial protección constitucional, o la garantía del fuero sindical.
- Con base en los principios de supremacía constitucional y constitucionalización inmediata, ninguna disposición normativa del ordenamiento jurídico, puede tener efectos contrarios frente a la Constitución.
- Existen casos en que el despido legal, sin justa causa con el pago de la indemnización tarifada, ha sido utilizado por los empleadores para violentar derechos humanos y fundamentales de los trabajadores.
- Los despidos sin justa causa, que hayan estado amparados en el pago de la indemnización tarifada en la ley, y por ende *prima facie* ajustados a derecho, que entrañen la violación de derechos humanos en el ámbito laboral, son ineficaces.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No 80, Bogotá D.E, jueves 23 de Mayo de 1991.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1988) “Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador.”. San Salvador. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-747/1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155/1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2007, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-213/2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-697/2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-327 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415/2012, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-040/2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional, Sentencia T-238/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4510, 17 de octubre. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4457, 3 de octubre. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4665, 3 de octubre. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral (2019), Sentencia, radicado SL 1688, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Isaza, G. (2014) *Derecho laboral aplicado*. Bogotá. Editorial Leyer.

Mejía, M. (2017). El derecho internacional de los derechos humanos, un nuevo concepto. En *Justicia*, 32, 38-63. <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2904> Monroy, M, C. (2018) *Introducción al derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A

Monroy, M, C. (2018) *Introducción al derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A

Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Papachinni. A (1997) *Filosofía y derechos humanos*. Cali. Universidad del Valle.

Plazas, G. Plazas, V. (2015) *La nueva práctica laboral 2015*. Bogotá: Editorial Independiente.

Restrepo, J. (2018) *Estructura constitucional del estado colombiano*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.

Uprimny. R (2005) El bloque de Constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. 1-35. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/> [Consulta el 22/05/2019]

Valencia, R. (2007) *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín. Comlibros.