Sentencia C-038/04

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO-Trato diferente a favor de quienes perciben hasta un salario mínimo mensual vigente

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO-Cambio de régimen

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargos

TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO-Ampliación de jornada ordinaria o diurna/TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO-Modificación de remuneración de dominicales y compensación del descanso cuando no son habituales/TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA-Reducción de indemnización/CONTRATO DE APRENDIZAJE-Modificación de la naturaleza

PROMOCION DEL EMPLEO-Reducción de garantías de trabajadores

PERSONA EMPLEADA-Modificación del alcance a la garantía

TRABAJADOR-Regulaciones menos favorables

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS-Distinción

Conforme al artículo 58 de la Carta, los derechos adquiridos gozan de protección constitucional, y no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, mientras que las meras expectativas no gozan de esa protección. Esto significa que, como esta Corte lo ha indicado, la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna persona tenía de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada.

DERECHOS ADQUIRIDOS-Elementos básicos

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS-Alcance

MERAS EXPECTATIVAS EN MATERIA LABORAL-No impiden cambios legislativos

Si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida. Las meras expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral, incluso si las nuevas regulaciones resultan menos favorables a los trabajadores.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-No impide modificación de normatividad existente aunque nueva regulación sea menos favorable

La Corte explicó que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario).

MERAS EXPECTATIVAS-Nuevas regulaciones menos favorables al trabajador

DERECHOS DEL TRABAJADOR-Conquistas históricas

DERECHOS ADQUIRIDOS-Respeto ante cambios normativos

El hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos.

DERECHOS ADQUIRIDOS DEL TRABAJADOR-Vigencia de cambios normativos

REGULACION LABORAL-Límites en modificación

El único límite que tiene el Legislador al modificar las regulaciones laborales no es el respeto a los derechos adquiridos; el Congreso tiene también otras restricciones que debe respetar y que la Corte procede a precisar. Los otros límites constitucionales: los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición prima facie de retrocesos.

REFORMA LABORAL-Restricciones

La restricción más obvia es que cualquier reforma laboral debe respetar los principios constitucionales del trabajo, los cuáles limitan la libertad de configuración del Legislador en este ámbito. Existe otra restricción en este campo, la Constitución hace del trabajo no sólo un derecho fundamental sino que además éste es un principio y valor del ordenamiento, por lo cual el Estado tiene el deber de protegerlo especialmente. Además, el derecho al trabajo es un derecho social, que como tal tiene unos contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y deben ser protegidos siempre por el Estado, pero que igualmente es, como todo derecho social, un derecho de desarrollo progresivo.

PRINCIPIOS MINIMOS DEL TRABAJO EN REFORMA LABORAL-Respeto

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Contenidos mínimos o esenciales en mandato de progresividad

Existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había precisado con anterioridad.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Retroceso contradice mandato de progresividad/DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Prohibición prima facie de retrocesos

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de

progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Aceptación internacional de la prohibición prima facie de retrocesos

REFORMA LABORAL-Disminución de protección alcanzada por el trabajador resulta problemática/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REFORMA LABORAL-Límites

La libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REGULACION LABORAL-Análisis de proporcionalidad

Las características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertas aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del Legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo.

EMPLEABILIDAD-Propósito constitucional/EMPLEO-Normas de apoyo

DERECHO SOCIAL-Restricción justificada

Es claro que una restricción de un derecho social puede justificarse si con esa medida se promueve efectivamente otro derecho, siempre y cuando la restricción resulte adecuada y proporcionada a la promoción del otro derecho. No es necesario que la restricción promueva todos los derechos.

EMPLEO-Promoción a través de reformas laborales que reducen ciertas protecciones

La promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado.

DESEMPLEO-Visiones opuestas/EMPLEO-Adecuación y necesidad de medidas para fomentarlo

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN REGULACION LABORAL PARA FOMENTAR EL EMPLEO-Alcance frente a medidas regresivas en la protección de derechos sociales

Debido a las discrepancias, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables. Sin embargo, como se trata de medidas regresivas en la protección de un derecho social, la deferencia del juez constitucional frente al Legislador se ve reducida y el control debe ser más estricto que frente a una política económica cualquiera. De no ser así, la prohibición prima facie de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica. Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo.

REFORMA LABORAL PARA FOMENTAR EL EMPLEO-Justificación de la adecuación y necesidad de las medidas

REFORMA LABORAL PARA APOYAR EL EMPLEO-Justificación de medidas adoptadas en el debate legislativo

NORMAS PARA APOYAR EL EMPLEO-Término para que medidas empiecen a producir efectos

REFORMA LABORAL PARA APOYAR EL EMPLEO-Evaluación y debate

REFORMA LABORAL PARA APOYAR EL EMPLEO-Elemento temporal para evaluar eficacia de políticas adoptadas

TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO-Respeto de límites constitucionales

TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO-Respeto de límites mínimos constitucionales

JORNADA LABORAL FLEXIBLE-Respeto de límites mínimos constitucionales

TRABAJO HABITUAL U OCASIONAL EN DIAS DOMINICALES

JORNADA LABORAL FLEXIBLE-Respeto de límites mínimos constitucionales

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO-Reducción respeta límites mínimos constitucionales

CONTRATO DE APRENDIZAJE-Especificidades

CONTRATO DE APRENDIZAJE-Forma específica dentro del derecho laboral

CONTRATO DE APRENDIZAJE-Distinción de la relación de trabajo ordinario/CONTRATO DE APRENDIZAJE-Exclusión de negociación colectiva/DERECHO DE NEGOCIACIÓN

COLECTIVA-Restricción

El contrato de aprendizaje tiene objetivos y especificidades que lo distinguen de la relación de trabajo ordinaria, por lo que es razonable que ciertos aspectos del mismo queden excluidos de la negociación colectiva, a fin de asegurar la viabilidad del conjunto del sistema de capacitación de la mano de obra en el país. Y en ese contexto, la Corte considera que la exclusión de dicha negociación del apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices es una restricción proporcionada al derecho de negociación colectiva de los trabajadores, puesto que los aprendices no son en sentido estricto trabajadores y resulta razonable que si la ley obliga a las empresas a vincular a un determinado número de aprendices, al menos establezca salvaguardas para asegurar que esa vinculación no resulte desproporcionadamente onerosa, como es la de limitar la negociación colectiva en este preciso aspecto.

NORMA LABORAL-Efecto general e inmediato

SALARIOS CAIDOS-Nueva regulación

NORMA LABORAL-Disposición de orden público

REGULACION LABORAL-Efectos temporales inmediatos

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN REGULACION LABORAL DE CONTRATO-Efectos respecto de nuevas disposiciones que reducen protección de trabajadores

A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contrato en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada.

SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Determinación legislativa de elementos estructurales

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Límites al legislador en determinación de elementos estructurales

SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL-Una nueva ley puede modificar, derogar o complementar desarrollos previos

PRINCIPIO DE SOCIALIZACION DE RIESGOS EN SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL

FONDO DE PROTECCION SOCIAL-Creación/FONDO DE PROTECCION SOCIAL-Recursos de la seguridad social

FONDO DE PROTECCION SOCIAL-Recursos aportados por entidades territoriales

FONDO DE PROTECCION SOCIAL-Destinación de recursos

Referencia: expediente D-4661

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789 de 2002

Demandante: Enrique Borda Villegas

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Enrique Borda Villegas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002 por vicios de trámite y por considerar que ese cuerpo legal califica, en forma ilegítima, al trabajo como una mercancía. Adicionalmente, y por otras razones, el actor solicita la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible.

El Magistrado sustanciador, mediante auto del 13 de junio de 2003, admitió la demanda contra los artículos 1º, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de la ley 789 de 2002, pero inadmitió la demanda presentada contra la totalidad de la ley, por falta de claridad en la formulación de los cargos. El auto concedió al actor un término de tres días para corregir el escrito. Como la demanda no fue corregida dentro de ese plazo, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 3 de julio de 2003, rechazó la demanda presentada contra la totalidad de la ley 789 de 2002.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación el Diario Oficial No 45.046 del 27 de diciembre de 2002. Aunque el actor acusa la totalidad de los textos transcritos, también plantea, como pretensión subsidiaria, la inconstitucionalidad de algunos apartes. Así, la Corte aclara que el peticionario acusó todas las normas que a continuación se transcriben como petición principal, y como subsidiaria demandó lo subrayado:

“LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

CAPITULO I.

DEFINICION SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL.

ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico.

Creación del Fondo de Protección Social. Créase el Fondo de Protección Social, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o a la entidad que haga sus veces, cuyo objeto será la financiación de programas sociales que el Gobierno Nacional defina como prioritarios y aquellos programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz.

El Fondo de Protección Social tendrá las siguientes fuentes de financiación:

1. Los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional.

2. Los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social.

3. Las donaciones que reciba.

4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos.

5. Los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y la destinación de los recursos del Fondo de Protección Social. La contratación con los recursos del Fondo deberá regirse por las reglas que regulan la contratación en el derecho privado.

(....)

ARTÍCULO 25. TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo160. Trabajo ordinario y nocturno:

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas

(10:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

ARTÍCULO 26. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. El artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.

(....)

ARTÍCULO 28. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, quedará así:

"Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 29. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago:

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, (“o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial[1]) el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al

trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

ARTÍCULO 30. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE. El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;

b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;

c) La formación se recibe a título estrictamente personal;

d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

Durante toda la vigencia de la relación, el aprendiz recibirá de la empresa un apoyo de sostenimiento mensual que sea como mínimo en la fase lectiva el equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente.

El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.

El apoyo de sostenimiento durante la fase práctica será diferente cuando la tasa de desempleo nacional sea menor del diez por ciento (10%), caso en el cual será equivalente al ciento por ciento (100%) de un salario mínimo legal vigente.

En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo mensual, el apoyo de sostenimiento mensual no podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente.

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre

la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional.

El contrato de aprendizaje podrá versar sobre ocupaciones semicalificadas que no requieran título o calificadas que requieran título de formación técnica no formal, técnicos profesionales o tecnológicos, de instituciones de educación reconocidas por el Estado y trabajadores aprendices del SENA.

El Contrato de aprendizaje podrá versar sobre estudiantes universitarios para los casos en que el aprendiz cumpla con actividades de 24 horas semanales en la empresa y al mismo tiempo cumpla con el desarrollo del pénsum de su carrera profesional, o que curse el semestre de práctica. En todo caso la actividad del aprendiz deberá guardar relación con su formación académica.

PARÁGRAFO. Para los departamentos de Amazonas, Guainía, Vichada, Vaupés, Chocó y Guaviare, el Gobierno incluirá una partida adicional en el Presupuesto General de la Nación que transferirá con destino al reconocimiento del pago de los contratos de aprendizaje.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los contratos de aprendizaje que se estén ejecutando a la promulgación de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la celebración del contrato.

(....)

ARTÍCULO 51. JORNADA LABORAL FLEXIBLE. Modifíquese el inciso primero del literal c) artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990 y adiciónese un nuevo literal d).

c) El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.”

III. DEMANDA

El ciudadano plantea que las normas acusadas desconocen los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 25, 39, 42, 44, 48, 53, 54, 55 y 362 de la Carta, así como los artículos 6º al 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC), el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo 1º de 1919, 29 de 1930, 87 de 1948, 95 de 1949, 111 de 1958 y 151 de 1978, ratificados todos por el Estado Colombiano.

Para sustentar sus cargos, el actor comienza por destacar la oposición general que existe entre la Constitución y la ley acusada. Según su parecer, este cuerpo normativo no respeta la garantía al descanso necesario pues los artículos 25 y 26 de la reforma amplían la jornada diurna hasta las 10 p.m., disminuyen la remuneración de los dominicales y eliminan la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales. En segundo lugar, contrario al principio de estabilidad en el empleo, el artículo 28 de la reforma disminuye sustancialmente el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa. En cuanto a la igualdad frente a la ley e igualdad de oportunidades, el mismo artículo 28 crea una diferencia de trato entre quienes ganan más de diez salarios y quienes están por debajo de ese límite en lo referido al valor de la indemnización. Según su parecer, mientras la Constitución establece la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y protección al salario, a las prestaciones y su pago oportuno, el artículo 29 acusado rebaja y en algunos casos elimina la indemnización moratoria. Además, ni en la exposición de motivos ni en el texto final de la ley se mencionan los principios constitucionales que deben guiar el Estatuto del Trabajo. El actor destaca que, contrario a lo previsto por el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el artículo 30 estipula que el contrato de aprendizaje es "una forma especial dentro del derecho laboral." sin salarios, prestaciones sociales, derecho de asociación sindical, ni derecho a contratación colectiva. Agrega el actor que en contra del principio constitucional de remuneración mínima vital y móvil, el mismo artículo 30 consagra una contraprestación económica por debajo del mínimo legal para el contrato de aprendizaje.

Anota el demandante que en países con un grado aceptable de equilibrio social, la legislación del trabajo ha disminuido garantías en las normas de derecho laboral individual pero compensa con medidas tendientes a fortalecer la libertad sindical y, especialmente, los derechos de negociación y contratación colectiva. Se busca así que las empresas o ramas de la producción puedan recuperar los mínimos legales perdidos con la reforma, y en algunos casos superarlos mediante pactos, convenciones colectivas o códigos de conducta. Pero, según su parecer, la Ley 789 de 2002 disminuye la protección en materia individual, y no compensa en lo colectivo.

Debido a esta incompatibilidad entre la Ley 789 de 2002 y la Constitución, el demandante considera no sólo que las disposiciones acusadas son inconstitucionales sino además que el Congreso ha incurrido en una omisión legislativa inconstitucional pues, contrario a lo preceptuado por el artículo 53 superior, no ha expedido un estatuto del trabajo, que sea desarrollo de los principios constitucionales.

Luego de esas consideraciones generales, que fundamentan sus pretensiones principales, el demandante procede a sustentar la inconstitucionalidad de las distintas disposiciones acusadas. El actor argumenta entonces que el artículo 1º de la ley acusada desconoce los artículos 25, 48, 53 y 362 de la Carta y el PIDESC porque erosiona radicalmente las condiciones de vida de los trabajadores colombianos. Según su parecer, esa disposición pretende definir un sistema de protección social que garantice el derecho a la salud, la pensión y el trabajo, con lo cual genera el desorden institucional, ya que dicho sistema está incorporado en el artículo 48 de la Carta Política y desarrollado en la Ley 100 de 1993.

De otro lado, el demandante considera que esa norma desconoce que los recursos de las instituciones de seguridad social sólo se pueden destinar para los fines propios de ella (CP art. 48), pues crea un nuevo fondo con recursos del presupuesto nacional de las entidades territoriales, donaciones y rendimientos financieros como cuenta especial de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo o a la entidad que haga sus veces, y deja en libertad al Gobierno para

decidir cuáles son sus programas prioritarios. Esa regulación, según su parecer, también viola el artículo 362 superior, que estipula que los recursos de las entidades territoriales no podrán ser trasladados a la nación.

Para el demandante, la garantía de condiciones mínimas de salud y pensiones debe obedecer a un fortalecimiento del sistema actual y fomentar el verdadero control de los recursos. No como lo establece el nuevo régimen, con la creación de un nuevo fondo nutrido con recursos del presupuesto nacional, entidades territoriales, donaciones y rendimientos financieros como cuenta especial de la nación adscrita al Ministerio de Trabajo o a la entidad que haga sus veces. Esta situación, según su criterio, desconoce el principio de que los recursos de las instituciones de seguridad social sólo se pueden destinar para fines propios de ésta, ya que amplia la destinación de los recursos a la financiación de programas sociales del gobierno, que no están delimitados. Lo anterior deja libre al gobierno para decidir cuáles son sus programas prioritarios.

Además, señala el actor, ese artículo pretende que los trabajadores asuman los riesgos del sistema, lo cual deja abierta la posibilidad para que el empleador y el Estado determinen cuáles son los riesgos que debe asumir el trabajador, lo cual lo perjudica, porque tiene que ceder sus garantías laborales para el beneficio de la economía nacional.

El actor considera que el artículo 25, el numeral primero y los parágrafos 1º y 2º del artículo 26 de la ley 789 de 2002 desconocen los artículos 25, 42 y 53 de la Carta y el Convenio 1º de 1919, porque la jornada laboral establecida internacionalmente es de ocho horas. Además, al reglamentar el trabajo dominical y festivo, la ley no mencionó las labores suplementarias y nocturnas, entendiendo que están incorporadas dentro de la regulación de la jornada; pero en días de descanso obligatorio no desaparecen las razones superiores que imponen el recargo al trabajo suplementario y nocturno, por tanto este último no puede desaparecer. Agrega el demandante que el parágrafo 2º del artículo 26 de la ley 789 de 2002, desconoce la remuneración a que tiene derecho el trabajador cuando habitualmente labora los días domingo, haciendo que prime la cantidad de domingos laborados sobre la habitualidad de los mismos, y convirtiendo en habitual lo excepcional, pues el día domingo universalmente está consagrado al descanso y a la integración familiar.

Para el demandante los artículos 28 y 29 de la ley 789 de 2002 desconocen los artículos 1, 2, 13 y 58 de la Carta Política, por las siguientes razones:

1. Disminuyen los derechos de los trabajadores en contra del Estado Social de Derecho y de la especial protección que el Estado debe brindar a los trabajadores, ya que los derechos laborales, por tener carácter subjetivo, forman parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores.

En criterio del actor, la disminución en el porcentaje de pago de indemnizaciones a los trabajadores despedidos, es un incentivo para que los empresarios actúen en contra de sus empleados y los despidan por un precio mas favorable, lo que convierte la fuerza de trabajo en una mercancía cada vez más barata, contrario a lo establecido por Constitución, la OIT y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Y es que, precisa el demandante, las acreencias laborales no pueden ser tratadas como deudas civiles y comerciales, como ocurre con las disposiciones demandadas al suprimir el reconocimiento del interés moratorio por acreencias laborales, desmejorando las condiciones que la legislación laboral históricamente ha establecido como protección a la parte débil de la relación laboral (el empleado).

2. El artículo 29 acusado, al desconocer el pago de la indemnización moratoria y establecer el pago de un interés bancario corriente, facilita la burla de las obligaciones por parte del empleador.

3. El parágrafo 2º del artículo 29 demandado, excluye del derecho a recibir una indemnización justa a las personas que devengan más de un salario mínimo, puesto que el empleador puede burlar los derechos de los trabajadores, desconociendo la aplicación de la indemnización contemplada en el artículo 65 C.S.T, aumentando una pequeña cantidad al salario mínimo. Además, al contrario de lo que pretende el principio de igualdad, una persona que no cumple con el parámetro del salario mínimo no tiene derecho a una indemnización justa. Según su criterio, ese "teritum comparationis", que sirve para establecer cuando una diferencia es relevante, hace que el parámetro del salario mínimo sea arbitrario frente a los demás trabajadores.

Considera además que el artículo 30 de la ley 789 de 2002 desconoce los artículos 13, 53, 54, 55 de la Carta, los Convenios 98 de 1949 y 151 de 1978 y el PIDESC, por lo siguiente:

De un lado, el contrato de aprendizaje es una forma de relación laboral personal que conserva los elementos esenciales establecidos por la legislación laboral. Por ello, según su parecer, debe primar la realidad sobre las formalidades, y en consecuencia no es dable instituir desigualdades en materia salarial y prestacional.

De otro lado, según su parecer, el salario mínimo vital y móvil debe ser pagado en cualquier relación laboral, y es por ello que al cambiar el salario por un incentivo, se está fomentando la desigualdad en las condiciones de los trabajadores, la deserción académica y la privatización del servicio de capacitación, que es una de las funciones del Estado.

En tercer término, el actor argumenta que esa disposición desconoce el principio de negociación colectiva al pretender que los asuntos que conciernen al contrato de aprendizaje no sean materia de negociación. En este punto, según su parecer, debe tenerse en cuenta que todo lo relacionado con contrato de trabajo y actividades dentro de las empresas es susceptible de negociación colectiva, pues los contrario vulnera el artículo 55 de la Constitución y los convenios internacionales sobre negociación colectiva ratificados por Colombia.

El actor considera entonces que el artículo 30 implica una supresión de conquistas históricas de los trabajadores, que es inconstitucional. Según sus palabras:

"Desmejorar las garantías de los trabajadores, y proyectar que estos renuncien a las reivindicaciones sociales obtenidas por la clase trabajadora a lo largo de la historia, quebranta la estabilidad laboral, en contravía de los fines esenciales del estado en cuanto a la protección del trabajo con el consecuente menoscabo de las condiciones de vida del trabajador aprendiz con relación a los demás trabajadores vulnerando el principio de igualdad y equidad contemplado en la legislación."

El demandante alega que el artículo 51 de la ley 789 de 2002 desconoce el artículo 42 de la Carta porque convierte en permanente lo que era excepcional, con el único criterio de protección a las necesidades de las empresas por encima de los derechos del trabajador. Además, agrega el actor, para hacer efectivos los derechos a la unidad familiar y a la recreación, el trabajador debe tener certeza de los horarios que puede dedicar a su familia y a sus actividades personales. Por tanto, la posibilidad del empleador de modificar la jornada diurna niega al trabajador su derecho a disponer libremente de su tiempo.

Para el actor, al establecerse la posibilidad de modificar la jornada diurna (sin derecho a recargo) el trabajador queda ligado a la voluntad del empleador, negándosele así el derecho a disponer libremente de su tiempo. Según su criterio, si bien se podría alegar que la modificación de la jornada laboral es consensual, es decir, de libre discusión, la realidad nacional y las altas tasas de desempleo llevan a convertir el contrato laboral en un contrato de adhesión, limitando la posibilidad de negociación del trabajador, como parte débil de la relación.

IV- INTERVENCIONES OFICIALES

1.- Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

La ciudadana Ana Lucía Gutiérrez Guingue, actuando como apoderada del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene para defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Considera que las modificaciones a las jornadas laborales y los recargos buscan impulsar el crecimiento de la economía, con una mayor utilización de la capacidad industrial o de servicios, lo cual es plenamente consecuente con la noción de Estado Social de Derecho.

Agrega que la generación de empleo, que es el objeto primordial de la ley, materializa el derecho que tiene toda persona a generar los ingresos necesarios para su subsistencia y la de su familia, así como el derecho que tienen todos los ciudadanos, incluyendo a los empleadores, para que a través de un equilibrio en los derechos sociales se pueda buscar un desarrollo armónico, que permita la competitividad en el campo productivo y en los mercados internacionales

La interviniente considera que, contrario a lo expuesto por el actor, la Ley 789 de 2002, al buscar incentivar la generación de nuevos puestos de trabajo, a través de la implementación de medidas que modifican algunas instituciones tradicionales del régimen laboral colombiano - como son la jornada máxima de trabajo diurno, el recargo por trabajo dominical o festivo, la indemnización por despido sin justa causa, entre otras- se adecua a las disposiciones constitucionales, en relación con el Estado Social de Derecho, sin desconocer en momento alguno los derechos de los trabajadores.

2.- Intervención del Ministerio de la Protección Social.

El ciudadano Hernando Herrera Vergara, en representación del Ministerio de la Protección Social, interviene para impugnar la demanda. Según su parecer, no es de la competencia del ejercicio del control constitucional, la comparación entre normas de igual jerarquía (ley 789 de 2002 y la ley 100 de 1993), razón por la cual no es procedente, como se proyecta en la demanda, realizar el análisis sobre la apreciación que hace el accionante en el sentido de señalar que la ley impugnada disminuye el concepto sobre seguridad social definido en la Ley 100 de 1993. Agrega que las normas de la ley 789 no se apartan del concepto de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la norma superior.

Según el interviniente, la norma acusada señala que el objeto fundamental en el área de las pensiones es crear un sistema viable, que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados y que, en salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos. Lo anterior no es atentatorio del derecho irrenunciable a la seguridad social, ni del concepto que sobre la misma establece la Carta (art. 48 CP), regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para el ciudadano no se trata en manera alguna de crear un sistema de seguridad social, distinto

al contemplado en la norma superior, sino de desarrollar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como lo permite el ordenamiento constitucional, precisamente para fijar las políticas de dirección, coordinación y control por parte del Estado, "orientado a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos", lo que no riñe con los preceptos constitucionales.

Según su parecer, la norma acusada, al crear el fondo de protección social y señalar sus fuentes de financiación, en parte alguna está utilizando o destinando recursos de las instituciones de la seguridad social, para fines distintos a ella. Por el contrario, el mismo precepto señala que el objetivo de dicho fondo "será la financiación de programas sociales", y bien puede el Gobierno definir los programas sociales que considere como prioritarios y aquellos que se estructuren para la obtención de la paz, sin utilizar claro está, los recursos de las instituciones de la seguridad social, para fines distintos a ella. Por ello concluye que la disposición demandada no se aplica a la hipótesis mencionada por el demandante, pues no resulta evidente que ella está determinando una destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social, para fines distintos a ella.

Considera el ciudadano que las normas constitucionales no inhabilitan al legislador para que pueda regular lo relacionado con el establecimiento y la definición del trabajo ordinario y nocturno, sin que con ello se menoscabe los principios constitucionales de dignidad de los trabajadores, ni los derechos al descanso, recreación y estudio. Así, estos permanecen vigentes y no se alteran por la fijación establecida en la normatividad materia de examen constitucional.

Para el interviniente, tampoco se infringen los mandatos constitucionales con la subrogación que se hizo del artículo 29 de la ley 50 de 1990 (art. 179 CST) por parte del artículo 26 de la ley 789 de 2002, pues la circunstancia de que el legislador le dé un tratamiento diferente a la remuneración del trabajo en domingo y festivo, no riñe con las normas superiores. Según su parecer, esta reforma laboral tampoco atenta contra el derecho al descanso y la recreación del trabajador, por considerar como ocasional el trabajo realizado en domingo si se labora solamente dos domingos durante el mes calendario, y habitual cuando el servicio se presta durante más de tres domingos en el mes calendario.

Agrega que la norma por medio de la cual se determinan unos porcentajes diferentes a los contenidos en las disposiciones anteriores en la eventual terminación del contrato de trabajo sin justa causa no contraría derechos adquiridos, pues son aplicables a situaciones no consumadas en el momento de entrada en vigencia de la ley 789 de 2002, es decir a la terminación de los contratos de trabajo sin justa causa que se produzcan con posterioridad. Además considera que es oportuno tener en cuenta que el legislador está habilitado plenamente para regular la medición y el señalamiento de la cuantía de la indemnización que se causa a favor del trabajador, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo, sin que con ello se vulneren los mandatos constitucionales, tal y como lo señaló la sentencia C-1507 de 2000. El ciudadano anota que la norma bajo estudio regula la posibilidad de que el contrato de trabajo se pueda dar por terminado sin justa causa por parte del empleador, y contempla una consecuencia patrimonial consistente en pagar al trabajador una indemnización, tomando como fundamento para medición no solamente el tiempo de servicio sino también el monto de los salarios mínimos devengados.

Agrega el interviniente que la materia de protección de la indemnización moratoria o salarios caídos, a que alude el demandante, partiendo de la sentencia C-079 de 1999, no es propiamente la estabilidad, sino la reparación patrimonial, posterior a la terminación del contrato en razón de la falta de pago por parte del empleador de los salarios y prestaciones debidas al trabajador.

De otro lado, según su parecer, la pretensión de convertir el contrato de aprendizaje en contrato de trabajo ya fue materia de examen constitucional por parte de esa Corporación en la sentencia C-254/95.

A lo largo de todo el escrito, el ciudadano considera que las apreciaciones formuladas por el demandante no constituyen un juicio de constitucionalidad susceptible de la comparación de la norma acusada con los preceptos constitucionales de orden superior, y por consiguiente ellas no son del resorte del ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional quien no examina razones de conveniencia.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1.- Intervención de la Asociación Nacional de Industriales, ANDI.

El ciudadano Luis Carlos Villegas Echeverri, en su calidad de presidente de la ANDI, se opone a las pretensiones del actor, por cuanto considera que el Congreso puede modificar las condiciones laborales, adaptándolas a las necesidades del momento en particular.

Así mismo, en su criterio, se nota la confusión del actor en cuanto al concepto de derechos adquiridos, ya que él olvida que este concepto se establece en relaciones consolidadas y supuestos cumplidos en el momento en que encuentre vigente una norma y no, como lo pretende el actor, con la expectativa de acceder a los beneficios de una norma sin tener en cuenta circunstancias de tiempo o de la vigencia de la ley.

En cuanto a la diferencia en el monto de la indemnización teniendo en cuenta el salario, el interviniente considera que un trabajador que devenga un salario mínimo no es comparable, bajo ningún parámetro político, social o económico con un trabajador que devenga 20 salarios mínimos mensuales. Y por ello concluye que la protección con una mayor retribución económica a los trabajadores de menores recursos es razonable y justificada, además de obedecer a la justicia social, y por lo tanto es constitucional.

2.- Intervención de la Federación Nacional de Comerciantes, FENALCO

El ciudadano Sabas Pretelt de la Vega, en su calidad de presidente de FENALCO, defiende la constitucionalidad integral de la ley y en concreto de cada uno de los artículos acusados. El interviniente considera que ninguno de los mandatos constitucionales impide al legislador adecuar las normas laborales al modo de vida social contemporáneo. Así, en cuanto a la jornada nocturna, esta ley respeta el convenio de la OIT No. 4 de 1919 que define noche como el intervalo que media entre las diez de la noche y las cinco de la mañana. Además, para el ciudadano, la ley no modifica la jornada máxima legal, pues ella continúa siendo de 48 horas semanales y 8 diarias, por tanto tampoco existe violación al Convenio I de la OIT. En resumen, en su criterio, esta ley sólo adecua la actividad laboral a las costumbres de vida de la sociedad contemporánea, tal como ha sucedido en países como Chile, Nicaragua, Argentina y España.

En cuanto al descanso, argumenta el interviniente, no existe un día de descanso universal obligatorio, por tanto no sólo el domingo puede ser considerado como tal, pues las partes de la relación laboral pueden pactar otro, sin que ello contravenga la normatividad sobre el derecho al descanso. De otro lado, considera que es razonable que el referente para determinar la habitualidad del trabajo dominical sea mensual, pues es el mismo lapso considerado para otras determinaciones en materia laboral, tales como el salario mínimo.

Respecto a las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato sin justa causa, el interviniente considera que la consagración de altas tasas de indemnización se ha mostrado contraria a la protección que ésta pretende lograr. Así, explica que antes de esta reforma, al incrementar significativamente la cuantía de la erogación al superarse los diez años de antigüedad, el personal que iba a cumplir ese período generalmente era despedido para evitar el eventual pago de la indemnización. Por otra parte, según el interviniente, el actor confunde las meras expectativas con los derechos adquiridos en este punto. En cuanto a la consagración de una indemnización diferencial en función a la cuantía del salario, con montos más favorables para los trabajadores de menores ingresos, considera el ciudadano que evidentemente se trata de una expresión del derecho a la igualdad.

Opina el interviniente que la relación de aprendizaje puede tener una regulación distinta a la relación laboral, ya que no se trata de los mismos supuestos de hecho. Sobre la jornada laboral flexible, el Presidente de FENALCO anota que esta figura permite tanto al empresario como al trabajador el mejoramiento de la productividad para evitar el desperdicio de tiempo del trabajador, quien no tendría que cumplir un horario que muchas veces no obedece al trabajo efectivo. Recuerda el ciudadano que esta línea ha sido establecida en otras legislaciones como la peruana, chilena, puertoriqueña, española, entre otras. Agrega que la jornada flexible habrá de ser el resultado de un acuerdo entre las partes.

3. Intervención del ciudadano Manuel Arnulfo Ladino Romero

El ciudadano Manuel Arnulfo Ladino Romero coadyuva la demanda pues considera que los artículos 25 y 26 acusados afectan ostensiblemente el ingreso de los trabajadores. El interviniente explica que esas normas disminuyen el valor del recargo dominical y festivo, dejándolo en 75%, pues estaba en el 100%, lo cual significa que la fuerza laboral dominical o en día festivo perdió valor en 125%. Además considera que no puede concebirse una política laboral que para lograr metas, como la generación de empleo, sacrifique únicamente los intereses de los trabajadores, en especial porque los más afectados son los que reciben el salario mínimo, la población de más bajo nivel económico en las empresas colombianas. Agrega el interviniente que nada indica que las fuentes de empleo aumenten disminuyendo las garantías laborales.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto No. 3330, recibido el 27 de agosto de 2003, solicita a la Corte declarar inexequibles los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la ley 789 de 2002, exequible el artículo 1º de esa misma ley, y constitucional el artículo 29 de ese mismo cuerpo normativo, únicamente por los cargos analizados, y bajo el entendido que a partir del mes veinticinco (25) y hasta cuando efectivamente se pague lo adeudado, se deben liquidar intereses moratorios sobre los conceptos de salarios y prestaciones sociales debidos, previa corrección monetaria de éstos mediante el mecanismo de ajustes contables por inflación, desde el primer día de retardo hasta cuando efectivamente se realice el pago de lo que se debe. La Vista Fiscal solicita igualmente a la Corte que exhorte al Congreso de la República para que expida un estatuto del trabajo que tenga en cuenta los principios mínimos fundamentales en materia laboral que establece la Constitución.

Para el Ministerio Público, la exposición de motivos al proyecto de Ley 57 de 2002 Senado planteó como uno de los objetivos primordiales la recuperación de espacios para el empleo digno, aliviando la situación que viven los desempleados, objetivo que, en principio armoniza con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta. Sin embargo, según su parecer, se debe analizar si

las medidas tomadas por el legislador para permitir el acceso al empleo a la gran masa de desempleados que existen en nuestro país no atentan contra las garantías mínimas laborales contenidas en la Carta y en los Convenios y pactos internacionales incorporados en nuestra legislación.

Al revisar cada una de las reformas que introduce la ley 789 de 2002, la Vista Fiscal observa que aun cuando las mismas pretenden lograr que los desempleados dejen de serlo y que tengan acceso a la seguridad social, las medidas tomadas van en detrimento de los derechos mínimos fundamentales de quienes se encuentran empleados. Así, su calidad de vida disminuye por el desconocimiento de derechos mínimos a través de medidas como la supresión de las horas extras, del recargo nocturno, y del pago triple de los dominicales y festivos.

Anota el Procurador que resulta paradójico que el legislador, bajo el pretexto de promover la "empleabilidad" y permitir el acceso de los desempleados al sistema de protección social, disminuya drásticamente los derechos mínimos fundamentales de quienes se encuentran empleados. La empleabilidad, según su parecer, no se puede promover desmejorando a la fuerza laboral que en la actualidad se encuentra empleada, ni desconociendo los derechos mínimos de los trabajadores, ni tampoco brindándole a los actuales empleados sólo una ínfima parte de sus derechos, que ni siquiera alcanzan a ser los mínimos contenidos en los instrumentos internacionales y en el artículo 53 de la Carta.

La Vista Fiscal precisa entonces que no es con el empobrecimiento de los trabajadores que se logra garantizar el trabajo en condiciones dignas y justas como lo manda la Constitución. En su criterio, la aplicación del bloque de constitucionalidad le impone al legislador que su actividad, tratándose de la regulación de derechos económicos sociales y culturales se encamine a lograr la progresividad de dichos derechos, lo cual obviamente prohibe la regresividad. Por tanto, según su parecer, no le es posible al legislador desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores, salvo que dichas medidas se justifiquen plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone. En el caso de la ley 789 de 2002, dicha justificación no se dio, pues sólo se justificó con la necesidad de promover la empleabilidad.

Para el Ministerio Público, el legislador, en lugar de expedir el Estatuto del Trabajo, lo que ha hecho mediante la ley 789 de 2002 es realizar una reforma parcial a la legislación laboral, sin tener en cuenta los principios laborales. Es claro que los principios que inspiran la reforma contenida en la mencionada ley - cooperación, solidaridad y el derecho a competir- difieren sustancialmente de los principios mencionados en el artículo 53 de la Carta, que por ser el producto de las luchas sindicales han sido reconocidos internacionalmente a través de los diversos instrumentos ratificados por Colombia. Ante la existencia de una omisión legislativa absoluta, el Procurador solicita a la Corte que inste al Congreso para que expida un estatuto del trabajo, que tenga en cuenta los principios mínimos fundamentales que en materia laboral se han reconocidos internacionalmente.

En cuanto a los problemas de la seguridad social, la Vista Fiscal estima que existe una diferencia sustancial entre el sistema previsto en la norma acusada y el contenido en la ley 100 de 1993, dado el carácter pluricomprensivo del sistema de seguridad social integral de que trata el artículo 1° acusado. Ello no riñe con lo previsto en el artículo 48 de la Carta, pues aun cuando esta disposición constitucional consagra el derecho a la seguridad social y dicho derecho fue desarrollado en la Ley 100 de 1993, nada impide al legislador regular este derecho de manera amplia como se hace en la norma acusada, cobijando no sólo lo relacionado con la seguridad

social en salud y con la cobertura de las prestaciones económicas, sino además pretendiendo crear las condiciones para garantizar el derecho al trabajo. Además, según su parecer, esta disposición no establece que el Fondo se financiará con los recursos de las instituciones de la seguridad social, como equivocadamente lo afirma el demandante. Tampoco acierta el actor cuando afirma que la norma acusada desconoce lo previsto en el artículo 362 de la Carta, pues en manera alguna la norma acusada está trasladando a la Nación los recursos de las entidades territoriales.

Anota el Procurador que aunque la norma acusada, de manera directa no extiende la jornada máxima legal ordinaria, si lo hace de manera indirecta, pues al prescribir que el trabajo nocturno es el que se realiza entre las 22 horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6.00 a.m.), está propiciando que los empleadores utilicen la mano de obra por un tiempo mayor al de ocho (8) horas diarias, sin que reconozcan ningún tipo de recargo por el trabajo suplementario y por el trabajo nocturno. Así, al denominar trabajo diurno el realizado hasta las diez de la noche, la realidad es que la disposición acusada está eliminando el derecho a percibir el recargo correspondiente cuando se realizan labores después de las seis de la tarde y hasta las diez de la noche. Lo que hace el legislador es precisamente extender en términos reales la jornada máxima legal ordinaria y eliminar los recargos por trabajo suplementario y nocturno, vulnerando el artículo 53 de la Carta Política y los instrumentos internacionales antes citados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

De otro lado, en criterio del Ministerio Público, no es cierto que el abaratamiento del valor del trabajo produzca automáticamente la producción de nuevos empleos. Según su parecer, resulta imposible generarlos si la demanda se encuentra deprimida por la reducción en la capacidad adquisitiva y el sector real de la economía no se ha reactivado. Dice al respecto el Procurador:

“No es cierto que el abaratamiento del valor del trabajo produzca automáticamente la producción de nuevos empleos, pues cómo generarlos si la demanda se encuentra deprimida por la reducción en la capacidad adquisitiva y el sector real de la economía se no ha reactivado. Por el contrario, cada día son más las empresas que se someten a procesos de liquidación.

La norma se ajustaría a la Carta Política y a los instrumentos internacionales se prescriben expresamente que las jornadas allí descritas se deben realizar en turnos de ocho horas diarias o, en su defecto, si reconociera los recargos por trabajo suplementario y, a la vez, reconociera los respectivos recargos por el trabajo nocturno. Lo que hace el legislador es precisamente extender en términos reales la jornada máxima legal ordinaria y eliminar los recargos por trabajo suplementario y nocturno, vulnerando el artículo 53 de la Carta Política y los instrumentos internacionales antes citados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

Para la Vista Fiscal, cuando el artículo 26 disminuye el porcentaje del recargo por el trabajo en domingo y festivo, y considera como ocasional lo que es habitual, efectúa una reforma regresiva en materia laboral que reduce los derechos vigentes y, por ende, es contraria a los instrumentos internacionales, y en especial al contenido del artículo 2.1. del PIDESC, así como a las directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidas en la Observación General No. 3 punto 9, que prescribe que cualquier medida deliberadamente regresiva respecto de los derechos vigentes, requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone. Pero, explica el Procurador, el legislador no “justificó la regresividad de la medida a la luz de los derechos previstos en el PIDESC, pues se reitera que el argumento de promover la empleabilidad

no es suficiente para que el legislativo adopte medidas regresivas en materia laboral, máxime cuando el desempleo no es causado por el costo de la mano de obra sino por otra serie de factores ligados al manejo de la economía".

Para la Vista Fiscal, es claro también que el artículo 28 acusado reduce sustancialmente el monto de las indemnizaciones que el empleador debe al trabajador por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, y que dicha reducción en las indemnizaciones facilita los despidos con una indemnización menor. Según su parecer, es evidente que la medida es regresiva y no está plenamente justificada, por lo que es inconstitucional. Dice entonces el Ministerio Público:

"Como lo dispuesto en el artículo 28 acusado reduce sustancialmente el monto de las indemnizaciones que el empleador debe al trabajador por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, y como dicha reducción en las indemnizaciones lejos de proporcionar estabilidad facilita los despidos con una indemnización menor, tal como se demuestra con lo expresado en la ponencia minoritaria, en la que se precisó que la reforma efectuada a través de la ley 50 de 1990 lejos de garantizar la estabilidad laboral ha permitido que los trabajadores que se encontraban en el noveno año de labores sean despedidos, resulta evidente que la medida regresiva tomada por la norma acusada tampoco está plenamente justificada a la luz de los derechos contenidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, razón por la que debe declararse inexequible".

El Procurador anota que ya que se trata de los mismos cargos formulados en contra del artículo 29 de la ley 789 de 2002 dentro del expediente D-4502, reitera su concepto y solicita a la Corte la exequibilidad de los incisos primeros y segundo y del parágrafo 2 del artículo 29 de la ley 789 de 2002, únicamente por los cargos analizados, y bajo el entendido que a partir del mes de veinticinco (25) y hasta cuando efectivamente se pague lo adeudado, se deben liquidar intereses moratorios sobre los conceptos de salarios y prestaciones sociales debidos, previa corrección monetaria de éstos mediante el mecanismo de ajustes contables por inflación desde el primer día de retardo hasta cuando efectivamente se realice el pago de lo que se debe. La Corte remite entonces al resumen de ese concepto de la Vista Fiscal, que fue incorporado en la sentencia C-781 de 2003, que corresponde al citado expediente D-4502.

En cuanto a la regulación del contrato de aprendizaje, considera el Ministerio Público que la norma acusada le da un carácter no laboral a la prestación del servicio, pues al no existir uno de los elementos básicos de la relación laboral, como es la remuneración del servicio, sino un apoyo de sostenimiento mensual, permite que las condiciones de la relación laboral no se sujeten a los mínimos fundamentales que rigen en materia laboral. Sin embargo, el Procurador precisa que no por el hecho de denominar de una manera distinta al salario, éste pierde su naturaleza, que no es otra que remunerar la fuerza de trabajo y ésta es la que pone también el aprendiz. Por ello considera que esta reforma también es regresiva, pues al establecer que el contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del derecho laboral, y al darle unas características distintas a la relación de aprendizaje, se desmejora sustancialmente las condiciones en que se desarrollaba este tipo de relación laboral, desconociendo así lo normado en los artículos 53 de la Carta, en cuanto éste garantiza el derecho a la capacitación y los artículos 1 y 6 numeral 2º del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto los Estados partes se comprometen a adoptar medidas progresivas para hacer efectivo el derecho a la orientación vocacional y el desarrollo de

proyectos de capacitación técnico-profesional.

VII- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los distintos artículos acusados de la Ley 789 de 2002, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una Ley de la República.

Un asunto procesal previo: examen de posibles cosas juzgadas frente a las disposiciones demandadas.

2- Con posterioridad a la admisión de la demanda, esta Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de varias de las disposiciones acusadas. Así, la sentencia C-658 de 2003, MP Alfredo Beltrán Sierra, declaró la constitucionalidad de la totalidad de la Ley 789 de 2003. Por su parte, la sentencia C-781 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández, estudió la constitucionalidad de ciertos apartes del artículo 29 de la Ley 789 de 2003. Finalmente, la sentencia C-801 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño, declaró la exequibilidad del artículo 51 de ese mismo cuerpo normativo. Debe pues la Corte comenzar por examinar si existe o no cosa juzgada frente a esas disposiciones, que también fueron acusadas en la presente oportunidad.

3- La sentencia C-658 de 2003 restringió la declaratoria de constitucionalidad de la Ley 789 de 2002 al hecho de que no existió el vicio de procedimiento alegado en la demanda, pues "no se vulneraron los términos establecidos en el artículo 160 de la Constitución". Ahora bien, los cargos formulados en esta oportunidad son diversos, pues son todos de orden material, por lo que esa sentencia no implica ninguna cosa juzgada que impida el estudio de fondo de la presente demanda.

4- Por su parte, la sentencia C-801 de 2003 también limitó el alcance de la cosa juzgada, pues declaró exequible el artículo 51 de la Ley 789 de 2002, pero "por los cargos analizados". Ahora bien, en esa oportunidad el ataque contra esa disposición fue exclusivamente por vicios de procedimiento, pues el actor consideraba que ese artículo no había sido considerado ni aprobado en el primer debate en las comisiones permanentes. En cambio, la presente demanda ataca esa norma por razones materiales, pues aduce que esa disposición, que establece la jornada laboral flexible, vulnera los derechos a la unidad familiar y a la recreación del trabajador, ya que le niega la posibilidad de disponer libremente de su tiempo. Los cargos son entonces distintos, por lo que no existe cosa juzgada, y la Corte analizará la constitucionalidad material de esa disposición.

5- Por el contrario, la sentencia C-781 de 2003 no limitó el alcance de la cosa juzgada, pues la parte resolutiva dice expresamente:

"Primero. Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el inciso primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2003, salvo la expresión "o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial", que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003."

Nótese que esa parte resolutiva no establece que las decisiones de exequibilidad hayan sido

pronunciadas únicamente en relación a los cargos analizados, lo cual indica que la cosa juzgada es absoluta. La referencia que esa parte resolutiva hace a que el inciso primero y el parágrafo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003 son declarados exequibles "en lo acusado" no pretende limitar el alcance de la cosa juzgada, que es absoluta, sino que simplemente recuerda que el numeral primero y el parágrafo de ese artículo 29 fueron demandados parcialmente en esa oportunidad. Así, del numeral primero sólo fue acusado el primer párrafo, pero no el segundo, mientras que del parágrafo segundo se acusó la expresión "solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente". Ahora bien, la Corte, en el fundamento 2º de esa sentencia, se negó explícitamente a realizar la unidad normativa, entonces la decisión de exequibilidad recayó únicamente sobre los "segmentos normativos" acusados del numeral primero y del parágrafo primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2003.

En todo caso, para despejar cualquier duda sobre el carácter absoluto de la cosa juzgada derivada de esa sentencia, basta recordar que el fundamento 8 de esa providencia estudió una solicitud de constitucionalidad condicionada planteada por la Vista Fiscal. Aunque la Corte reconoció que esa petición no guardaba relación alguna con los cargos de la demanda, esta Corporación consideró pertinente examinar la solicitud del Ministerio Público, pues la decisión de exequibilidad que se iba a tomar "podría implicar que el anterior cuestionamiento no pudiera ser considerado nuevamente por esta Corporación en razón del carácter de cosa juzgada que acompaña sus pronunciamientos (art. 243 de la CP)."

Por consiguiente, en relación con los apartes del ordinal primero y el parágrafo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003 que fueron estudiados en la sentencia C-781 de 2003, existe cosa juzgada absoluta, y la Corte se estará a lo resuelto en esa providencia. Conviene aclarar que la parte resolutiva habla de los apartes acusados del "inciso primero", pero debe entenderse, como se desprende del análisis de esa misma sentencia, que la cosa juzgada recae sobre los segmentos demandados del numeral primero, esto es, sobre todo el primer párrafo de ese numeral.

La sentencia C-781 de 2003 y el examen de constitucionalidad de los cargos contra el artículo 29 de la Ley 789 de 2003

6- Como ya se explicó, la sentencia C-781 de 2003 expresamente negó la posibilidad de realizar la unidad normativa solicitada por la Vista Fiscal, quien consideraba que la Corte debía haber examinado la totalidad del artículo 29 de la Ley 789 de 2003, y no únicamente los segmentos acusados en esa oportunidad. Y es indudable que no procedía efectuar dicha unidad normativa, pues ese artículo regula aspectos distintos, y los cargos del actor estaban dirigidos concretamente contra los apartes señalados en la demanda. Con todo, la Corte considera que las consideraciones desarrolladas en esa sentencia son suficientes para desestimar las acusaciones formuladas por la presente demanda contra ese artículo 29 de la Ley 789 de 2003, por lo que la Corte comienza por examinar la constitucionalidad de esa disposición.

7- El actor considera que el parágrafo 2° de ese artículo es discriminatorio pues establece un régimen de indemnización por falta de pago para los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo mensual vigente, y otro distinto, menos favorable, para aquellos que perciban más de esa remuneración. Ahora bien, ese cargo fue específicamente estudiado y desechado por la sentencia C-781 de 2003, que concluyó que el "trato diferente establecido en el parágrafo 2° de la Ley 789 de 2002, en favor de quienes perciben hasta un salario mínimo mensual vigente, está fundado en una justificación objetiva y razonable, ya que tal medida tiene por finalidad proteger a dichos trabajadores por tratarse de personas que, desde el punto de vista económico, se encuentran en una situación de vulnerabilidad manifiesta que las coloca en inferioridad de condiciones en

relación con el resto de los trabajadores que reciben una asignación salarial superior". Esta conclusión, ampliamente sustentada por la sentencia C-781 de 2003, es entonces suficiente para declarar la constitucionalidad de los otros apartes del parágrafo 2 demandados en esta oportunidad, pues ese parágrafo simplemente regula esa diferencia de trato. La Corte declarará entonces la constitucionalidad de aquellos apartes de ese parágrafo que no fueron expresamente declarados exequibles por la pluricitada sentencia C-781 de 2003.

8- De otro lado, los cargos esenciales de la presente demanda contra los otros apartes de ese artículo 29 son que esa disposición desconoce derechos adquiridos, en la medida en que disminuye la protección de los trabajadores por falta de pago, al sustituir el pago de la indemnización moratoria de "salarios caídos" por un simple pago de un interés bancario corriente. De esa manera, además, según su parecer, ese artículo favorece la burla de las obligaciones por parte del empleador. Ahora bien, la citada sentencia C-781 de 2003 no sólo analizó específicamente esos cargos sino que además es claro que esas acusaciones se dirigen contra el primer párrafo del ordinal primero de ese artículo, que es el que regula específicamente ese cambio de régimen de indemnización por falta de pago. Pero ese párrafo está amparado por la cosa juzgada absoluta, pues ya fue declarado exequible por la sentencia C-781 de 2003. Por ende, no procede un nuevo examen de ese párrafo.

9- El anterior examen de los cargos del actor contra el artículo 29 muestra entonces que sus acusaciones estaban dirigidas exclusivamente contra el primer párrafo del numeral primero y el segundo parágrafo, pero que no existen realmente cargos concretos de constitucionalidad concretos contra el resto del artículo. Así, el demandante no señala ninguna razón de inconstitucionalidad del segundo párrafo del ordinal primero, que establece que los intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero. Tampoco encuentra la Corte acusaciones específicas contra el numeral 2° ni contra el parágrafo 1°, que regulan aspectos distintos a las características y montos de la indemnización por falta de pago. La Corte concluye entonces que frente a esos apartes normativos, no existe cargo constitucional, por lo que se inhibirá de conocerlos, pues esta Corporación ha señalado insistentemente que "la falta de concreción del cargo impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad" y que "la ausencia de un requisito sustancial como el concepto de la violación, no puede ser suplida oficiosamente por la Corte", puesto que frente a las leyes, la función de esta Corporación no es revisarlas oficiosamente sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos [2].

El asunto esencial bajo revisión.

10. El actor cuestiona varias disposiciones de la Ley 789 de 2002 esencialmente porque considera que éstas disminuyen garantías laborales y desconocen entonces conquistas históricas de los trabajadores, lo cual vulnera el derecho al trabajo. En especial, ese cargo se dirige contra el artículo 25, que amplía la jornada ordinaria o diurna hasta las 10 p.m., el artículo 26 que modifica la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, el artículo 28 que reduce la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, y el artículo 30 que modifica la naturaleza del contrato de aprendizaje.

El Procurador comparte las acusaciones, pues considera que los artículos demandados implican un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Por el contrario, los intervinientes argumentan que las normas demandadas se ajustan a la Carta. Según su parecer, aunque esas disposiciones reducen ciertas regulaciones favorables a los trabajadores, no por ello violan el derecho el trabajo, puesto que precisamente buscan promover la creación de puestos de trabajo, en una situación de aguda crisis económica y de profundo desempleo, como la que vive actualmente Colombia. Además, según su parecer, no existe ninguna violación a derechos adquiridos, pues las normas acusadas no desconocen situaciones jurídicas consolidadas en favor de los trabajadores, quienes únicamente tenían la expectativa de recibir los beneficios de las disposiciones que fueron modificadas.

11- Como vemos, el problema fundamental que plantea la presente demanda es esencialmente si esas disposiciones acusadas desconocen el derecho al trabajo y los principios fundamentales laborales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (CP arts 1°, 25 y 53), en especial en los Convenios de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC), y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de ahora en adelante Protocolo de San Salvador). Ahora bien, como se ha visto, en gran medida, el argumento de la demanda y de la Vista Fiscal es que dichas disposiciones implican un retroceso en la protección del derecho al trabajo, puesto que consagran regulaciones menos favorables a los trabajadores que las que fueron subrogadas, mientras que los intervinientes, que defienden la constitucionalidad de esas normas, sostienen que incluso si dicho retroceso existiera, estaría justificado, pues no afecta derechos adquiridos ni situaciones consolidadas, y tiene una finalidad legítima, como es promover el empleo. Por consiguiente, la presente demanda remite a un debate teórico más general, y es el siguiente: ¿hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo? La Corte comenzará pues por examinar ese tema más general, lo cual la llevará a distinguir entre el desconocimiento de derechos adquiridos y los retrocesos en la protección de los derechos sociales constitucionales, temas que son semejantes pero diversos, y plantean entonces discusiones constitucionales distintas. Ese estudio permitirá posteriormente abordar el análisis específico de las disposiciones acusadas.

Derechos adquiridos, meras expectativas y la posibilidad de nuevas regulaciones menos favorables al trabajador.

12- Un punto aparentemente compartido tanto por quienes cuestionan la constitucionalidad de los artículos 25, 26, 28 y 30 de la Ley 789 de 2002 como por aquellos intervinientes que defienden su constitucionalidad es que esas disposiciones establecen regulaciones menos favorables a los trabajadores que las existentes anteriormente. Y efectivamente parece ser así. El artículo 25 amplía la jornada diurna, llamada también ordinaria, hasta las 10 PM, mientras que la regulación precedente señalaba que ésta iba únicamente hasta las 6 PM. Esto significa que debido a esta reforma, las personas que laboran entre las 6 PM y las 10 PM no tendrán derecho al recargo por trabajo nocturno de que gozarían con base en la regulación derogada. Por su parte, el artículo 26 reduce de 100% a 75% el recargo por trabajo en festivos y dominicales, y modifica la forma de entender qué es trabajo ocasional y habitual, para efectos de eventuales descansos compensatorios. El artículo 28 reduce las indemnizaciones establecidas para los contratos a término indefinido, lo cual facilita el despido de esos trabajadores, en la medida en que lo hace menos costoso para el empresario. Finalmente, el artículo 30, al conferir un carácter especial no propiamente laboral al contrato de aprendizaje, permite, entre otras cosas, que la remuneración sea menor al salario mínimo.

Este análisis elemental muestra que las normas acusadas representan una modificación del alcance de la garantía de las personas empleadas, en la medida en que implican ya sea una menor remuneración por el mismo trabajo, o una menor protección a la estabilidad en el empleo. Ahora bien, sin lugar a dudas la mayor remuneración y la mayor protección a la estabilidad son dos elementos esenciales que contribuyen a que las condiciones de trabajo sean justas, equitativas y satisfactorias, tal y como lo exigen la Carta (CP arts 25 y 53) y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos constitucionales (CP art. 93)[3]. Por consiguiente, la Corte comparte con todos los intervinientes en este proceso la conclusión de que las regulaciones impugnadas son menos favorables a los trabajadores empleados, o que obtengan empleos, que aquellas que fueron subrogadas. La pregunta que surge es si esa constatación del carácter menos favorable de esas regulaciones implica o no su inconstitucionalidad. Y es en este punto en donde las posiciones de los participantes en este proceso constitucional divergen notablemente. Así, para el actor, el Procurador y uno de los intervinientes, ese hecho implica la inexequibilidad de las disposiciones acusadas, por cuanto vulneran derechos adquiridos o implican retrocesos inadmisibles en la protección del derecho al trabajo, ya que desconocen conquistas históricas de los trabajadores. En cambio, para otros intervinientes, esas innovaciones son legítimas pues no afectan derechos adquiridos, por lo cual el Legislador tenía la plena libertad de modificar las regulaciones laborales, siempre y cuando respetara los principios mínimos del derecho del trabajo establecidos por la Carta, como efectivamente lo hizo. Entra pues la Corte a examinar esos argumentos.

13- La doctrina jurídica y la jurisprudencia de esta Corte se han esforzado por distinguir rigurosamente entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Y la razón de ese esfuerzo es clara: conforme al artículo 58 de la Carta, los derechos adquiridos gozan de protección constitucional, y no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, mientras que las meras expectativas no gozan de esa protección (CP art. 58). Esto significa que, como esta Corte lo ha indicado reiteradamente, la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna persona tenía de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada[4].

14- A pesar de alguna diversidad de enfoques teóricos y metodológicos, la jurisprudencia constitucional colombiana, tanto la de la Corte Suprema de Justicia al amparo de la anterior Constitución[5], como la de esta Corte Constitucional[6], han señalado los elementos básicos que permiten delimitar cuando una persona realmente ha adquirido un derecho y éste, por ende, no puede ser afectado por leyes posteriores. Así, ha dicho al respecto esta Corte:

“El derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación.[7]”

Conforme a lo anterior, en principio la ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada, que ha permitido que un derecho ingrese al patrimonio de una persona, por haberse cumplido todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del derecho. Una modificación de esa situación está en principio prohibida por desconocer derechos adquiridos (CP art 58). Pero en cambio, la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho. En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, "sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues, se repite, la ley rige hacia el futuro y nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones"[8]. Y es que si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida.

15- Esta Corte ha igualmente señalado que, a pesar de que la Constitución protege especialmente al trabajo (CP arts 1, 25 y 53), que es en nuestro ordenamiento no sólo un derecho fundamental sino además un principio y valor fundante del Estado (CP Preámbulo y art 1º), las meras expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral, incluso si las nuevas regulaciones resultan menos favorables a los trabajadores. Así, la sentencia C-168 de 1995, MP Carlos Gaviria Díaz, analizó una demanda dirigida contra las normas de la Ley 100 de 1993, que establecían el régimen de transición en materia pensional, pues el actor consideraba que éstas era menos favorables que las regulaciones anteriores, y por ende desconocían la protección de la "condición más beneficiosa" al trabajador prevista, según su parecer, en el artículo 53 superior. La Corte rechazó la tesis del actor, y explicó que aunque las leyes laborales y pensionales debían respetar los derechos adquiridos de los trabajadores, eso no implicaba que las nuevas regulaciones debían amparar las expectativas de los trabajadores a que sus derechos se consolidaran, conforme a un determinado régimen que le era más favorable. Dijo entonces esta Corporación:

"La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada **teoría de la irreversibilidad** que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: "En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente" (Estado Social y Administración Pública. Edt. Cívitas, Monografías, 1983).

De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta

materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora.[9]"

La Corte explicó entonces que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario).

16- La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones ulteriores. Así, la sentencia C-596 de 1997, MP Vladimiro Naranjo Mesa, estudió una acusación contra un aparte del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Los actores consideraban que esa regulación era discriminatoria y desconocía el principio de favorabilidad en materia laboral, por cuanto establecía nuevos y más gravosos requisitos para acceder a la pensión de vejez. La Corte, luego de recordar la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, rechazó el cargo y reiteró que el Legislador podía introducir requisitos más estrictos para acceder a la pensión, sin que ello vulnerara el principio de favorabilidad, por cuanto éste no implica una petrificación de las regulaciones existentes. Dijo entonces la consideración 4.5 de esa sentencia:

"Los demandantes consideran violado el principio de favorabilidad simplemente porque ciertos regímenes pensionales anteriores al vigente, y más favorables para el trabajador, fueron derogados. Las personas que alguna vez estuvieron afiliadas a tales regímenes, pero que al momento de entrar en vigencia la nueva ley ya no lo estaban, no podrán, en consecuencia, pensionarse de conformidad con tales requisitos, circunstancia esta que es la que el libelo demandatorio estima lesiva del principio de favorabilidad laboral.

Olvidan que el principio de favorabilidad, como se dice en la jurisprudencia transcrita, supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cual es la pertinente.

La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación[10]".

Por su parte, la sentencia C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil, al examinar otra acusación parcial contra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiteró que incluso en materia laboral, y siempre y cuando no afecte derechos adquiridos, el Congreso puede establecer nuevas regulaciones menos favorables el trabajador, pues el Legislador "no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses. (Fundamento 3.1.)"

Finalmente, la reciente sentencia C-781 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández, examinó un

cargo parcial contra el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que es una de las normas acusadas también en el presente proceso. El actor consideraba que esa disposición era inconstitucional y vulneraba derechos adquiridos y el principio de favorabilidad, pues recortaba conquistas históricas de los trabajadores. La Corte rechazó el cargo, pues consideró que el principio de favorabilidad no era relevante en ese caso, ya que éste "solamente adquiere sentido para desentrañar el sentido de una norma en beneficio del trabajador, cuando surgen dudas en la aplicación e interpretación de las mismas, pero no constituye fundamento para declarar inconstitucional una disposición por el simple hecho de que el Legislador adopte una nueva regulación que podría ser menos lucrativa para el trabajador, si ella no desconoce el mandato de respeto a los derechos adquiridos. (Fundamento 6º)."

17- Conforme a lo anterior, el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos. Ahora bien, ninguna de las disposiciones acusadas desconoce derechos adquiridos, pues ninguna de ellas se aplica a situaciones jurídicas consolidadas. Así, los artículos 25 y 26, conforme lo señala el propio artículo 26, no entraron a regir inmediatamente, pues su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley se aplazó hasta el 1. de abril del año 2003. Por su parte, y como bien lo explicó la sentencia C-781 de 2003, los otros artículos se rigen por las reglas establecidas por el artículo 52 de la propia Ley 789 de 2002, que señala la entrada en vigencia de ese cuerpo normativo, y por el artículo 16 del CST, que establece que las disposiciones laborales contenidas en ese estatuto son de orden público, por lo que tienen "efecto general e inmediato" y por tanto afectan los contratos de trabajo vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, "pero no tienen efecto retroactivo, esto es no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores". Por consiguiente, las consideraciones realizadas por la citada sentencia C-781 de 2003 en relación con el artículo 29 de la Ley 789 de 2003 resultan plenamente aplicables a las normas analizadas en el presente caso. Dijo entonces la Corte:

"En el caso bajo examen es evidente que por razón del efecto general e inmediato que acompaña las normas laborales, la nueva reglamentación de la indemnización moratoria prevista en el artículo 29 de la Ley 789 de 2003 no puede afectar los derechos adquiridos de aquellos trabajadores que antes de comenzar a regir dicho ordenamiento legal habían concluido su relación laboral y, por tanto, se rigen por el mecanismo indemnizatorio previsto originalmente en el artículo 65 del CST cuando en presencia de tal circunstancia el empleador no cancela los salarios y prestaciones debidos al trabajador. El que el inciso impugnado no haga expresamente esta advertencia no significa que sea inconstitucional, pues se repite, dicha disposición laboral no tiene carácter retroactivo."

18- La Corte concluye entonces que el cargo por vulneración de derechos adquiridos carece de sustento, y que en este punto aciertan los intervinientes que defienden la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Sin embargo, esto no significa que automáticamente la Corte deba declarar exequibles esas disposiciones pues, contrariamente a lo sostenido por esos intervinientes, el único límite que tiene el Legislador al modificar las regulaciones laborales no es el respeto a los derechos adquiridos; el Congreso tiene también otras restricciones que debe respetar y que la Corte procede a precisar.

Los otros límites constitucionales: los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la

prohibición prima facie de retrocesos.

19- La restricción más obvia es que cualquier reforma laboral debe respetar los principios constitucionales del trabajo, los cuáles limitan la libertad de configuración del Legislador en este ámbito. Por ejemplo, es evidente que si el artículo 53 superior establece la existencia de un salario mínimo y el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales, entonces una reforma laboral no puede suprimir esos mandatos constitucionales.

20- Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los "derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos"[11]. Y específicamente sobre la integración de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia T-1303, Fundamento 3°, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló al respecto:

"La opinión de que los convenios internacionales que tienen que ver con el derecho al trabajo quedarían por fuera del bloque de constitucionalidad porque en los Convenios de la OIT no hay mención expresa de que queda prohibida su limitación en los estados de excepción y porque su prevalencia es en el orden interno (inciso 1° articulo 93 de la Constitución Política), es una opinión que se cae de su peso si se considera que el bloque de constitucional se fundamenta en los dos incisos del artículo 93, el segundo de los cuales dice: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", lo cual significa que es en virtud del inciso 2° del artículo 93 que los Convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad (Ver C-010/2000). La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la C.P. los ubica dentro de la legislación interna , es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la C.P. cuando determina que "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1° C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza

con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 ibídem.”

21- Los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no son los únicos que limitan la libertad de configuración del Legislador cuando adelanta una reforma laboral. Existe otra restricción en este campo, que es a primera vista menos obvia, pero que tiene un sustento normativo, doctrinario y jurisprudencial muy claro, y es la siguiente: la Constitución hace del trabajo no sólo un derecho fundamental sino que además éste es un principio y valor del ordenamiento, por lo cual el Estado tiene el deber de protegerlo especialmente (CP arts 1° y 25). Además, el derecho al trabajo es un derecho social, que como tal tiene unos contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y deben ser protegidos siempre por el Estado, pero que igualmente es, como todo derecho social, un derecho de desarrollo progresivo. Así, entre los contenidos mínimos inmediatamente protegidos del derecho al trabajo está la prohibición de la discriminación laboral o la jornada máxima de trabajo de ocho horas. Pero igualmente existe la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Así lo establecen expresamente los artículos 2 y 25 de la Carta, que señalan que el Estado debe proteger especialmente el trabajo y que es deber de las autoridades garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Igualmente, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador. En efecto, estos tratados reconocen el derecho al trabajo (arts 6 y 7) y establecen el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales (art 1 Protocolo y art 2 PIDESC)

22- En varias oportunidades, esta Corte,[12], en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema [13], ha señalado que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes[14], tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

De otro lado, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había precisado con anterioridad[15].

Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social[16].

23- La Corte destaca que la anterior conclusión sobre la prohibición prima facie de los retrocesos en la protección de los derechos sociales, entre los cuáles se encuentra obviamente el derecho al trabajo, no es una innovación de esta sentencia, ya que ya había sido establecida con claridad por esta Corte. Así, por citar sólo dos casos, la sentencia C-1165 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra, declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social, sin que hubiera una justificación clara de esa medida. Dijo entonces esta sentencia que "esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta".

Por su parte, la sentencia C-671 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, condicionó la constitucionalidad del parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, y precisó que los padres de ciertos miembros de la Fuerza Pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud. Esa sentencia consideró que "la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud", y que como no existía "ninguna justificación imperiosa" de dicha exclusión entonces había habido "un retroceso, que implica una vulneración del derecho a la salud".

24- La doctrina sobre la prohibición prima facie de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del PIDESC, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)[17], ha señalado en varias oportunidades que las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[18]. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales "existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas", y por ello "si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte."

La posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad.

25- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones

alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

26- Ahora bien, para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad de las medidas acusadas, conviene tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP arts 333 y 334). Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin respetar la discrecionalidad que la Carta les concede[20]. Y es que, como esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

Sin embargo, las regulaciones acusadas no sólo tienen incidencia sobre un derecho social fundamental, como es el derecho al trabajo (CP arts 25 y 53) sino que además implican una regulación diversa de la protección de ese derecho social, lo cual podría ser contrario, al menos prima facie, al mandato constitucional de progresividad. Y esto obliga a que el escrutinio judicial sea riguroso, pues ese tipo de medidas se presumen contrarias a la Constitución, al PIDESC y al Protocolo de San Salvador.

27- Las anteriores características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertas aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del Legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo.

Así, es obvio que frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques. Ahora bien, la doctrina, con criterios que esta Corte comparte, ha señalado que entre más inseguras y discutidas sean las premisas empíricas en que se funda una decisión del Legislador, menos intenso debe ser el control constitucional de la opción legislativa, puesto que el juez constitucional no cuenta con conocimientos seguros para cuestionar dicha opción, precisamente porque se trata de un terreno polémico y controvertido en términos de la ciencia y la cultura[22].

Sin embargo, como se trata del examen de una medida que disminuye la protección de un derecho social, la Corte debe verificar más rigurosamente que las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores. Con esos criterios, entra la Corte a examinar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

La legitimidad del propósito constitucional de las medidas y la discusión sobre su adecuación.

28- La exposición de motivos, las ponencias y los debates en las cámaras[23] son suficientes para mostrar que la finalidad de las medidas es clara. Estas pretenden aumentar el empleo. Así lo señala el título de la ley, que establece que se trata de dictar "normas para apoyar el empleo". Igualmente, la exposición de motivos insiste en que el propósito de esas medidas es favorecer el empleo, promoviendo la llamada "empleabilidad", esto es, estableciendo reformas que faciliten la contratación de nuevas personas. De esa manera, según la exposición de motivos, podrían crearse 160.000 empleos por año, para un total de 640.000 para el cuatrenio.

29- La legitimidad de este propósito constitucional es evidente, no sólo por los mandatos constitucionales al respecto sino además por la actual coyuntura que vive el país. Así, la Carta establece que es deber del Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a todos los recursos humanos (CP arts 54 y 334), por lo que las políticas destinadas a cumplir esos objetivos tienen claro sustento constitucional. Y dicho sustento es aún más claro en la actualidad pues, como lo indican la exposición de motivos, las ponencias, las estadísticas oficiales y numerosos estudios, el desempleo, el subempleo y la informalidad se han agudizado en el país en los últimos años, en especial a partir de 1997, provocando un grave deterioro de las condiciones de vida de millones de colombianos. Así, al momento de presentarse el proyecto, según la exposición de motivos, el desempleo era de 16% en todo el país y 18% en las principales ciudades, mientras que la informalidad alcanzaba el 61% del empleo urbano y la casi totalidad del empleo rural[24].

30- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la finalidad de las normas acusadas de promover el empleo y el crecimiento económico es claramente constitucional. Además se trata de un propósito constitucional imperioso, pues la Carta le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos, por lo que la promoción efectiva del empleo podría eventualmente justificar una limitación de la protección del derecho al trabajo.

En este punto, la Corte se aparta del importante análisis del Procurador, quien considera que, como el Comité del PIDESC ha indicado que cualquier restricción de un derecho social sólo puede justificarse tomando en consideración la totalidad de los derechos enunciados en el PIDESC, entonces la búsqueda de reducir el desempleo no sería suficiente para legitimar constitucionalmente una medida regresiva, pues no toma en cuenta la totalidad de los derechos sociales. La Corte no comparte ese análisis, pues considera que es claro que una restricción de un derecho social puede justificarse si con esa medida se promueve efectivamente otro derecho, siempre y cuando la restricción resulte adecuada y proporcionada a la promoción del otro derecho. No es necesario que la restricción promueva todos los derechos. El llamado de atención que con razón hacen las Observaciones Generales del Comité del PIDESC, y que esta Corte comparte, tiene otro sentido: pretende resaltar la importancia de tener en cuenta el impacto de las medidas tomadas frente al conjunto de derechos sociales, que no es más que un llamado a realizar un análisis de proporcionalidad satisfactorio. Y por ello, la promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada,

indispensable y proporcionada al propósito buscado. Entra pues la Corte a examinar la adecuación y proporcionalidad de las medidas atacadas.

31- El estudio de la adecuación y necesidad de las medidas atacadas para promover el empleo es en este caso complejo, por cuanto existen visiones y diagnósticos diversos, y muchas veces encontrados, sobre las raíces del desempleo en Colombia, los cuales tienden a fundamentarse en corrientes de pensamiento distintas y a proponer políticas disímiles. Así, y en forma muy esquemática, la visión dominante, que fue la que alimentó el proyecto de reforma laboral, tiende a basarse en concepciones económicas ortodoxas y neoclásicas, según las cuales, una de las razones del alto desempleo en el país reside en la rigidez y los altos costos salariales, que impiden que exista un ajuste, vía reducción del salario, del mercado de trabajo. Conforme a estos análisis, la salida al desempleo implica flexibilizar el mercado del trabajo, para permitir que la demanda y oferta de trabajo puedan ajustarse, y por consiguiente el desempleo pueda reducirse considerablemente y llegar a su tasa natural.

La anterior visión es contestada por otros analistas, que consideran que ni a nivel teórico ni a nivel empírico existen evidencias convincentes de que la flexibilización del mercado laboral permita realmente lograr un aumento considerable del empleo. Algunas de estas visiones tienden a apoyarse en concepciones keynesianas, según las cuáles, el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva. Es más, en una perspectiva de este tipo, una disminución del salario real puede tener como consecuencia el agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores implica una mayor reducción de la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo.

Obviamente, las anteriores no son las únicas visiones en torno a los problemas del empleo en el país. Otros estudios ponen énfasis en los problemas de falta de capacitación de la mano de obra, en el impacto negativo de la violencia en la inversión, en los efectos de la globalización de la economía, etc[25]. La Corte ha enfatizado la oposición entre las visiones clásicas y keynesiana simplemente porque éstas no sólo son importantes sino además porque ellas tenderían a adoptar visiones distintas, y a veces opuestas, sobre la adecuación de algunas de las medidas adoptadas por las normas acusadas para promover el empleo. Así, una medida como el aumento de la jornada diurna, que para muchos trabajadores se puede traducir en una disminución del salario percibido, tendría lecturas distintas en esas escuelas: un economista neoclásico podría considerar que la medida estimula el empleo, al permitir que las empresas reduzcan el costo salarial y puedan flexibilizar sus turnos de trabajo, con lo cual tendrían incentivos y recursos para emplear a otros trabajadores. Un economista keynesiano podría concluir que la medida agrava el desempleo, en la medida en que contrae aún más la demanda efectiva.

32- Existiendo esa oposición de visiones en torno al desempleo y a la forma de enfrentarlo, la pregunta constitucional que naturalmente surge es la siguiente: ¿cómo puede la Corte evaluar la adecuación y necesidad de esas medidas para fomentar el empleo, si entre los especialistas en la materia existen importantes controversias?

La Corte considera que la respuesta adecuada a ese interrogante es la siguiente; debido a las discrepancias, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables. Sin embargo, como se trata de medidas regresivas en la protección de un derecho social, la deferencia del juez constitucional frente al Legislador se ve reducida y el control debe ser más estricto que frente a una política económica cualquiera. De no ser así, la

prohibición prima facie de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica. Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo.

Con esos criterios, entra entonces la Corte a examinar las distintas medidas acusadas, para lo cual comenzará por analizar el cuidado que hubo en justificar su adecuación y necesidad para combatir el desempleo.

La justificación de la adecuación y necesidad de las medidas.

33- Tanto la exposición de motivos como las ponencias mayoritarias realizan amplias presentaciones teóricas y empíricas destinadas a defender la tesis básica que sustenta la reforma laboral, y que es la siguiente: un componente importante del desempleo está ligado a la rigidez del mercado laboral colombiano, que impiden un ajuste flexible entre la oferta y demanda de trabajo. Por ejemplo, dice al respecto la ponencia para segundo debate en la Cámara:

“Para evitar que los ajustes a la economía se den vía empleo, sacrificando a los ciudadanos con menos posibilidades de defensa frente a fenómenos de esa naturaleza, se deben crear las condiciones que permitan absorber los choques de otra manera, y para esto se requieren cambios sustanciales en nuestras instituciones empresariales y laborales.

La evidencia empírica muestra que un factor importante en la explicación del desempleo estructural colombiano es la rigidez que aún caracteriza el mercado laboral.

(….)

Expongamos el problema en otros términos. En los diferentes mercados que conforman un sistema económico es natural observar cómo en los períodos de crisis y de reducción de la demanda, los precios se ajustan hacia abajo para poder realizar o vender el bien ofrecido. Esa capacidad de ajuste de los precios hace viables y sostenibles a los mercados, al mismo tiempo que aumenta el bienestar de los oferentes y los demandantes.

El mercado laboral no es la excepción. Sin embargo, las trabas que aún persisten en el país no han permitido que los salarios y en general los costos de contratación reflejen la verdadera situación del mercado de trabajo. Los gráficos 13 y 14 son elocuentes. A pesar de la caída en la demanda por mano de obra de los últimos años, el salario promedio de la economía y el salario mínimo legal medidos en términos reales se han incrementado bastante.

Esta situación, como hemos resaltado anteriormente, ha llevado a que las empresas despidan trabajadores y no tengan incentivos para contratar, lo cual conduce a niveles sin precedentes de desempleo, con los costos sociales que esta situación conlleva.

Sin embargo, los mercados tienen otros mecanismos para tratar de autorregularse: eludiendo las normas vigentes. En los primeros años de la década del 90 el empleo informal disminuyó y se mantuvo estable. Por su lado, el empleo formal tuvo una buena dinámica. Sin embargo, la

situación cambió cuando el panorama económico se tornó difícil: en el sector informal los salarios se ajustaron hacia abajo, permitiendo que la creación de empleo no perdiera su dinámica, mientras que en el sector formal los salarios continuaron con su escalada y el ajuste se ha llevado a cabo despidiendo personal.

(…)

También hay evidencia que muestra cómo en el alto nivel de desempleo observado en la actualidad ha jugado un papel importante el aumento de los costos laborales, que son otro indicador de la inflexibilidad persistente en el mercado laboral. De acuerdo con un estudio de la OIT (1999) y de Alvaro Reyes (2000) los costos laborales se han incrementado considerablemente en la última década, tanto en moneda local como en extranjera. El costo laboral unitario (CLU) tuvo un crecimiento acumulado de 32.9% entre 1990 y 1999, representando en incrementos de los costos laborales reales para las empresas manufactureras de cerca de 3.1% por año. Esto sin duda ha contribuido a que el ajuste producto de la recesión haya recaído sobre el nivel de empleo. Adicionalmente, este incremento se ha reflejado en la caída de la demanda de trabajo y su sustitución por capital en los procesos productivos.

Lo anterior preocupa no sólo porque el país soporta ya una tasa de desempleo históricamente alta, sino por el hecho de que los jóvenes de los grupos de menores ingresos urbanos y de menores niveles educativos son quienes padecen las mayores tasas de desempleo, y ven afectada su demanda de trabajo por las rigideces del mercado laboral[26]"

34- En tal contexto, la ampliación de la jornada diurna de las 6PM a las 10PM (art. 25) fue justificada como una medida que permite que ciertos sectores de la economía, en especial las empresas comerciales y de servicios, puedan ampliar sus jornadas de trabajo, sin recargos por trabajo nocturno, con lo cual se estimula una mayor ocupación laboral en esos sectores. La reducción de los recargos en festivos (art. 26) tiene un propósito semejante, pues busca permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo en esos sectores. Estas medidas se ven complementadas por la introducción de la jornada laboral flexible (art. 51) que permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.

Por su parte, la reducción del monto de las indemnizaciones por despido injusto en los contratos a término indefinido (art. 29) busca disminuir los riesgos de los empresarios para contratar nuevas personas, así como facilitar la adaptación de las empresas a los ciclos económicos, lo cual debería también incentivar el empleo. Además, esa reforma pretende corregir lo que consideraba un incentivo perverso de la regulación precedente, consistente en vincular el monto de la indemnización por despido a los años de antigüedad, en especial para los trabajadores que superaran los 10 años de antigüedad, lo cual habría "provocado inestabilidad en el empleo en el sentido de que al acercarse a los diez años de antigüedad, disminuye notablemente la probabilidad de permanecer en el empleo" ya que "los empresarios prefieren despedir una persona antes de los diez años, ya que si lo hace después deberá pagar no 20 días (como es el caso para los rangos entre 5 y 10 años de antigüedad), sino 40 días adicionales a los 45 que se otorgan por cada año de trabajo"[27].

Todas estas medidas estaban previstas, en su diseño básico, desde la presentación del proyecto y fueron justificadas no sólo por la exposición de motivos sino por las ponencias en los distintos

debates. Incluso el Gobierno, en la exposición de motivos, cuantificó la contribución de esas medidas al aumento del empleo, basándose para ello en estudios técnicos de la Dirección Social del Departamento Nacional de Planeación. Según ese análisis econométrico, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en festivos debería generar 52.600 empleos al año, mientras que la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78.900 puestos de trabajo[28].

35- La modificación de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje no estaba desarrollada en el proyecto originario presentado por el Gobierno, en donde, sobre ese tema, únicamente se solicitaban unas facultades extraordinarias para que el Gobierno regulara la organización, el funcionamiento, las características, la naturaleza y los efectos del contrato de aprendizaje[29]. Sin embargo, el Congreso rechazó la concesión de las facultades extraordinarias y entró a regular directamente el asunto, por lo que, la ponencia para primer debate en sesiones conjuntas de ambas cámaras estudió detalladamente el problema de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje, y la necesidad de reformar su régimen jurídico, a fin de fomentar el empleo[30]. La tesis esencial sostenida por la ponencia es que, teniendo en cuenta que el desempleo golpea especialmente a la población joven, son necesarios mecanismos expeditos para la generación de empleo de dicha población, que sean además instrumentos que "permitan a su vez atender la formación escolar superior, técnica o profesional con práctica empresarial", para lo cual "se deben consagrar como contratos especiales, sin naturaleza laboral y bajo ciertos lineamientos, replanteando para tal efecto el entendimiento del contrato de aprendizaje como ha venido siendo concebido". La ponencia explicó entonces esa tesis en los siguientes términos:

"No puede desconocerse que la forma como se ha caracterizado al contrato de aprendizaje hasta el momento ha desnaturalizado su finalidad, convirtiéndose en una carga que no responde a los requerimientos empresariales contemporáneos, y que se cumple como una obligación para evitar costosas multas y no como una herramienta útil que agrega valor a las empresas. Este es un punto fundamental en el desarrollo de este instrumento.

Por ello, es de la mayor importancia rescatar el verdadero sentido de la figura, que en su concepción teleológica no puede ser otro que el de propiciar que coetáneamente se acceda a la formación educativa y se mejoren las condiciones de competitividad y desempeño de las empresas, mediante la ocupación de personal calificado en oficios propios de la actividad económica realizada.

El elemento diferenciador de éste tipo de contrato, que es el que verdaderamente justifica la asunción de la capacitación por parte de las empresas, debe consistir en estímulos e incentivos para su celebración, en lugar de erigirse en una camisa de fuerza, como precisamente se concibe en otras legislaciones que de manera expresa consagran su carácter no laboral. Así por ejemplo, en Bolivia, el artículo 28 de su normatividad del trabajo regula el contrato de aprendizaje como aquel en virtud del cual el patrono se obliga a enseñar prácticamente, por sí o por otro, un oficio o industria, utilizando el trabajo del que aprende, con o sin retribución, y por tiempo fijo que no podrá exceder de dos años. Se comprende el aprendizaje del comercio y de las faenas que utilicen motores mecánicos. Por su parte, en Argentina, la Ley 24.465 de 1995 estableció el contrato de aprendizaje, definiéndolo como una relación contractual especial sin carácter laboral, destinado a la contratación de jóvenes con edades entre 15 y 24 años sin empleo, pudiendo su duración oscilar entre los 3 y los 24 meses.

Bajo éste nuevo enfoque, que coadyuvaría a que la contratación de aprendices no se conciba exclusivamente como una carga, sino también un verdadero interés para las empresas, se

reglamentaría entonces no sólo los supuestos para la obligatoriedad de tal contratación, sino que se abriría la posibilidad para que empresas no obligadas accedieran a tal contratación voluntariamente en función a la ocupación productiva y útil. Sobre el particular se sugiere entonces, una actualización de los supuestos que deben guiar la obligatoriedad de contratar aprendices"[31].

36- Las anteriores consideraciones muestran que en los debates legislativos hubo una clara justificación de las medidas adoptadas, como instrumentos que eran considerados necesarios para combatir el desempleo. Como es obvio, existen perspectivas discrepantes que cuestionan la adecuación de esas políticas, como lo muestran no sólo las ponencias minoritarias en las cámaras sino también varios estudios académicos que se apartan de los diagnósticos y estrategias que sustentaron la reforma laboral. Por ejemplo, según la ponencia minoritaria, la reforma se traduce en una erosión de la calidad de las condiciones de trabajo, pues reduce el salario y la estabilidad de los empleados, que beneficiará al gran capital, pero no se traducirá en un incremento considerable del empleo, pues el desempleo responde a otras razones, como el modelo económico adoptado desde 1990, y no al exceso de garantías de los trabajadores[32]. Por su parte, un estudio de la Contraloría General concluye que la reforma crearía muchos menos empleos (200.000 en vez de 600.000) y que éstos serían mucho más precarios, en términos de ingresos y de calidad y estabilidad del trabajo[33]. Sin embargo, conforme a los criterios desarrollados anteriormente, el juez constitucional debe ser deferente con la decisión adoptada en el proceso legislativo, pues éste cuenta con la legitimidad de ser la opción del órgano de representación popular, y por ello la Corte concluye que la justificación de la adecuación y necesidad de las medidas, en abstracto, aparece suficiente.

37- Los resultados económicos en los últimos meses muestran que las medidas podrían haber producido además, en concreto, algunos resultados positivos, pues ha habido una cierta reactivación económica, que ha permitido un incremento del empleo y una leve disminución del desempleo. Así, según el DANE, en el Balance del Mercado Laboral Colombiano Tercer Trimestre de 2003[34], entre el tercer trimestre de 2002 y 2003, la ocupación aumentó en 949.796 personas, un incremento del 5.7%. En ese período, también aumentó la población en edad de trabajar (PET) en 699.576 personas, mientras que 184.192 decidieron buscar trabajo, lo cual incrementó la población económicamente activa (PEA) en 883.768 personas, un aumento del 4.5%. Como el desempleo se mide en relación con la PEA, el incremento combinado del aumento del empleo (5.7%) y de la PEA (4.5%) indujo una caída de un punto de la tasa de desempleo, que pasó de 15.3% a 14.3%. El desempleo estaría entonces disminuyendo y la ocupación estaría aumentando. Además, según esas mismas cifras del DANE, ese incremento se estaría dando sobre todo en los empleos "plenos", los cuales en ese período pasaron de aproximadamente 9.550.000 personas a 10.660.000, lo cual significó un incremento del 11.6%.

38- Ahora bien, dada la magnitud del desempleo, el subempleo y la informalidad en Colombia, los logros anteriores, sin ser deleznables, son todavía modestos. Además, no es fácil ni claro atribuir esos resultados a la reforma laboral, pues otros factores han influido en la relativa recuperación de la economía y del empleo, como lo explican muchos analistas.

Algunos podrían entonces objetar que esa modestia de los resultados de las medidas podría implicar una afectación desproporcionada de los derechos de los trabajadores ya empleados, pues algunas de sus garantías se ven reducidas, sin que los resultados en términos de aumento del empleo sean claramente positivos. Sin embargo, una estrategia de combate al desempleo, fundada en una determinada concepción económica, puede tomar algún tiempo en comenzar a

rendir plenamente sus frutos. Y precisamente, en el presente caso, el propio Legislador fue consciente de la necesidad de evaluar, luego de un tiempo razonable, la eficacia de las medidas. La ley 789 de 2002 fijó un término para que las medidas empiecen a producir sus efectos. Así, como fruto de las preocupaciones que se dieron en los debates en torno a la eficacia real de las medidas adoptadas, los artículos 45 y 46 de la ley establecieron una "Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo", conformada por dos Senadores, dos Representantes, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por las centrales obreras y un delegado de los empleadores. Esa comisión deberá, después de dos años de vigencia de la ley, presentar una completa evaluación de los resultados de la Ley 789 de 2002 y en "ese momento el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo." Esto significa que el propio Congreso determinó que dos años eran un plazo razonable para que se pudiera evaluar la eficacia de las políticas adoptadas. Y aunque eso no implica que la vigencia de las reformas de la Ley 789 de 2002 sea temporal, sí significa que en ese momento esas reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo.

Este elemento temporal tiene gran importancia en el análisis pues contribuye a justificar la proporcionalidad de las medidas acusadas, y por ende su constitucionalidad, pues precisamente el Legislador ha asumido que esas políticas deben ser revisadas en caso de que no produzcan los efectos esperados, lo cual muestra que el Congreso tuvo claramente en consideración la necesidad de que estas medidas no restringieran innecesariamente los derechos de los trabajadores, por lo que están sujetas a una obligatoria revisión, luego del plazo fijado por la propia Ley 789 de 2002.

La proporcionalidad en estricto sentido de las normas acusadas y la posible vulneración de otros mandatos constitucionales.

39- Entra por último la Corte a examinar la proporcionalidad en estricto sentido de las disposiciones acusadas y los otros cargos que la demanda formula contra ellas.

40- La Corte encuentra que la ampliación de la jornada diurna es proporcionada y respeta los límites impuestos por la Constitución. Así, en todo caso, la norma mantiene la protección contra el trabajo nocturno, pues preserva los recargos nocturnos. La disposición amplía el entendimiento de la jornada ordinaria o diurna, pero lo hace respetando los mínimos constitucionales sobre qué es trabajo nocturno. Así, la Carta no trae una definición explícita de qué se entiende por jornada nocturna, por lo que en este punto resultan imprescindibles los convenios de la OIT, puesto que ellos traen definiciones de trabajo nocturno. Así, el Convenio No 41 de 1934 sobre trabajo nocturno de mujeres, define la noche como el "período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana" (art. 2-1) En el mismo sentido, el Convenio No 89 de 1948, que revisa las normas sobre trabajo nocturno de mujeres, señala que la "noche comprende "un período de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana. (art. 2º)." Por su parte, el Convenio 79 de 1946 sobre trabajo nocturno de menores, al hablar de los trabajadores de más de 14 años, entiende como trabajo nocturno aquel que se desarrolla "entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana" (art 3.1). Todas

estas definiciones internacionales muestran que el artículo 25, que establece que la noche para efectos laborales va de las 10PM a las 6 AM, si bien amplió la noción de jornada diurna, con lo cual disminuyó los recargos, lo hizo dentro de los límites constitucionales.

41- En forma semejante, las normas sobre recargo por festivos (art 26) o de flexibilización de la jornada de trabajo (art. 51) se mantienen dentro de los límites constitucionales. Así, la Constitución protege el derecho al descanso de los trabajadores, y por ello impone una jornada máxima de trabajo y períodos diarios y semanales de descanso (CP art 53). Por su parte, el artículo 7-d del PIDESC y el artículo 7 literales g y h del Protocolo de San Salvador señalan que las condiciones de trabajo compatibles con la dignidad humana incluyen el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. Pero la propia Carta no define la jornada máxima de trabajo ni los períodos de descanso, por lo que en este aspecto resultan imprescindibles nuevamente los convenios de la OIT, que recogen los estándares jurídicos mínimos de nuestro tiempo en esta materia. Ahora bien, según el convenio No 1 de 1919 sobre horas de trabajo en la industria, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, lo cual implica obviamente un día de descanso. Pero el Convenio autoriza una flexibilización de la regla estricta de 8 horas por día, pues establece que si los trabajos se efectúan por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. A su vez, el descanso semanal se hace explícito en el Convenio 14 de 1921 sobre el descanso semanal, que establece que todo el personal empleado en cualquier empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, deberá disfrutar, en el curso de cada período de siete días, de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas. Esa armonización entre los límites de la jornada de trabajo y la flexibilización que puede ser recomendable en ciertos procesos económicos es también señalada en el Convenio 30 de 1930 sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas, el cual señala que las horas de trabajo “no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día” pero precisa que éstas “podrán ser distribuídas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas”.

En ese sentido, la Corte concluye que los artículos 26 y 51 respetan esos mínimos constitucionales pues mantienen los límites de las 8 horas diarias y 48 horas por semana, reconocen la obligación del descanso semanal, y establecen los correspondientes recargos en trabajos por festivos y dominicales.

42- La Corte no encuentra que la precisión de qué se entiende por trabajo habitual u ocasional en días dominicales contenida en el parágrafo 2º del artículo 26 sea inconstitucional, pues representa una definición razonable que hace parte de la libertad del Legislador en esta materia. En efecto, la Carta no define directamente qué se entiende por trabajo habitual para efectos de los descansos compensatorios, por lo que nada impide que el Legislador tome como criterio el mes calendario, y señale que los trabajos dominicales, para ser considerados habituales, deben ser más de tres en ese período.

43- La Corte no encuentra tampoco de recibo el cargo del actor de que el artículo 51 demandado sobre jornada flexible desconoce el derecho al descanso, a la recreación y a la unidad familiar, puesto que esa disposición no sólo respeta los límites mínimos impuestos por la Carta de 8 horas diarias y 48 horas semanales, sino que además se funda en el acuerdo del trabajador, lo cual

significa que el empleador no podrá imponer unilateralmente esas jornadas flexibles. En ese mismo orden de ideas, tampoco encuentra la Corte reparos constitucionales a la posibilidad de que el patrono y el trabajador acuerden que el día de descanso semanal obligatorio sea el sábado, y no el domingo, como usualmente se ha hecho, pues la Carta y los tratados de derechos humanos ordenan que exista un día de descanso pero no fijan su fecha. Ahora bien, es razonable que, por razones de unidad de familiar, el día de descanso tienda a ser aquel que la sociedad, por diversos motivos, tradicionalmente asume como la jornada de reposo, como ha sido en Colombia el domingo. Sin embargo, eso no excluye que el trabajador y el empleador puedan acordar otro día, lo cual facilita la organización del trabajo al empresario y puede ser también más satisfactorio para el trabajador. Ninguna objeción constitucional puede entonces hacerse a que el parágrafo del artículo 26 autorice que el trabajador convenga con el empleador que su día de descanso obligatorio sea el sábado, en vez del domingo, pues se asegura en todo caso el descanso semanal y debe contarse con el consentimiento del trabajador, por lo que el empleador no puede imponer unilateralmente el cambio de la jornada de descanso.

44- La reducción de la indemnización por despido injusto, si bien implica un retroceso en la protección de la estabilidad laboral, respeta también los mínimos constitucionales. En efecto, la Carta establece que la ley debe preservar la estabilidad en el empleo, pero no ordena la forma de hacer efectiva esa garantía. Esta Corte ha señalado que en ciertos casos, debido a la "estabilidad laboral reforzada" que la Constitución confiere a ciertas categorías de trabajadores, como las mujeres embarazadas o las personas amparadas por fuero sindical, la anulación del despido injusto, con el correspondiente reintegro, es la única medida satisfactoria[35]. Pero, en general, esta Corte ha admitido que la protección de la estabilidad por medio de la imposición de sanciones indemnizatorias por el despido injusto es adecuada. Así, ha dicho esta Corte que "frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta"[36]. Este criterio armoniza además con los tratados de derechos humanos en la materia. Así, el artículo 7-d del Protocolo de San Salvador ordena a los Estados amparar 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", y señala que 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".

Ahora bien, aunque el artículo 28 acusado reduce los montos de la indemnización por despido injusto, por lo cual constituye un retroceso en la protección del derecho a la estabilidad del empleo, sin embargo mantiene sanciones por ese comportamiento indebido del empleador, con lo cual sigue amparando la estabilidad laboral, tal y como lo ordenan la Carta y los tratados de derechos humanos.

45- Entra la Corte por último a examinar el problema del contrato de aprendizaje, frente al cual el actor plantea dos objeciones básicas, fuera del cargo ya analizado de que ésta implica un retroceso en la protección de los derechos sociales. De un lado, considera que esta regulación desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (CP art 53) pues permite encubrir relaciones de trabajo bajo la apariencia de contratos de aprendizaje, a los cuales el artículo 30 acusado les elimina la naturaleza de contrato de trabajo. De otro lado, según su parecer, el inciso sexto de ese artículo vulnera la el derecho a la negociación colectiva pues

excluye de ésta cualquier discusión sobre la remuneración o cuota de sostenimiento a los aprendices, que es un asunto propio de las negociaciones colectivas.

46- La Corte no comparte ninguna de las dos objeciones señaladas por el actor. Así, el contrato de aprendizaje tiene múltiples especificidades frente a un contrato de trabajo ordinario, puesto que su finalidad no es exclusivamente que el aprendiz preste un servicio personal al empleador, como sucede en la relación de trabajo ordinaria, ya que tiene otros elementos que le son característicos: así, estos contratos de aprendizaje buscan ante todo capacitar al aprendiz en un oficio determinado y facilitar su inserción en el mundo del trabajo. Estas finalidades del contrato de aprendizaje tienen claro sustento constitucional, pues no sólo es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran sino que además el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (CP art. 54). Por consiguiente, debido a esas finalidades, el contrato de aprendizaje no sólo tiene sustento constitucional sino que además puede ser distinguido de un contrato de trabajo ordinario, que carece de esos propósitos. Este punto ya había sido clarificado por esta Corte, quien, incluso durante la vigencia de la anterior regulación, distinguió el contrato de aprendizaje del contrato de trabajo ordinario, en los siguientes términos:

"Bajo estos supuestos, resulta evidente que para el legislador, el contrato de aprendizaje en su regulación actual no queda sujeto al ejercicio de la plena libertad contractual que rige para otras materias distintas de las laborales, ni ha sido una gracia o favor del capital al recurso humano que deba dejarse al libre desarrollo de la tensión de las fuerzas productivas y del acuerdo de voluntades entre dos partes desiguales; tampoco es el producto de la total y libre iniciativa privada, ni se trata de un contrato que pueda equipararse al contrato laboral ordinario. Todo lo contrario, se trata de una modalidad concreta de los vínculos jurídicos que pueden establecerse entre patronos y trabajadores, que por la importancia para la economía y para los derechos de los aprendices, se ha querido mantener bajo unas especiales reglas de carácter legal y administrativo, para dar pleno empleo a los recursos humanos, y para proteger, como lo advertía la anterior Constitución, a las clases proletarias, y a las de menores ingresos, en particular, como lo indica la nueva Constitución" (subrayas no originales)[37].

El anterior análisis es suficiente para concluir que no desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades jurídicas (CP art. 53) que la norma acusada defina el contrato de aprendizaje como una forma específica dentro del derecho laboral, que es distinta al contrato de trabajo, y que por ende no se rige exactamente por las mismas reglas que el contrato de trabajo, por la sencilla razón de que en la realidad, las relaciones de aprendizaje tienen especificidades frente a la relación laboral, que justifican un trato distinto. Otra cosa es que en la práctica, eventualmente alguna empresa busque encubrir una relación de trabajo bajo la forma de un contrato de aprendizaje, con el fin de privar al trabajador de ciertas garantías. Es obvio que esa práctica sería contraria a la Constitución y a la ley, y los funcionarios judiciales correspondientes, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (CP art. 53), deberán declarar la existencia del contrato de trabajo. Sin embargo, esa eventualidad, en manera alguna implica la inexequibilidad de una definición legal del contrato de aprendizaje que se ajusta a la Carta, pues una cosa es la inconstitucionalidad del contenido de una norma y otra su indebida e inconstitucional aplicación. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

"No se puede pretender que se declare la inconstitucionalidad de una disposición que se ajusta a la Carta, simplemente porque algunos particulares no la cumplen, pues es deber de todas las personas y de las autoridades acatar la Constitución y las leyes (CP art. 4º). Por ello la Corte,

cuando estudia la constitucionalidad de una determinada disposición, efectúa su análisis bajo el supuesto de que ella será interpretada en forma razonable y que, además, será acatada y cumplida, pues mal podría esta Corporación suponer que las normas son promulgadas para no ser observadas o para ser aplicadas en forma arbitraria[38]".

47- La Corte tampoco considera que vulnere el derecho de negociación colectiva el mandato según el cual, frente a los contratos de aprendizaje, "en ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva." Y la razón es la siguiente. Como esta Corte lo ha señalado, el derecho a la negociación colectiva no es absoluto, por lo cual puede ser limitado[39], siempre y cuando esas restricciones sean proporcionadas. Ahora bien, el contrato de aprendizaje hace parte de una política general de fomento a la capacitación de la fuerza de trabajo, especialmente aquella integrada por jóvenes, así como de vinculación de esas personas al mundo del trabajo. Esas políticas prácticamente conforman un sistema de capacitación de la fuerza de trabajo, con una muy importante participación de entidades como el SENA. Ha dicho al respecto la Corte:

"(S)e trata de organizar un servicio público atendido y financiado por el Estado y con aportes particulares, que atienda algunas de las necesidades específicas de los patronos y empleadores, y de la empresa, en materia de la preparación y formación de mano de obra y de personal capacitado y calificado en determinadas ocupaciones y oficios; pero además de esto, como eventuales cambios en los niveles de oferta y demanda de personal, dependen también del oficio o de la ocupación mismos, o de los desarrollos técnicos o científicos que los afecten, o de las políticas en materia de planes y programas de desarrollo económico y social, lo razonable es que la determinación de los cupos de las empresas, la definición de los oficios u ocupaciones que requieran del servicio del SENA y las modalidades de su aplicación sean un asunto administrado por el Consejo Directivo Nacional y por el Director del Establecimiento.[40]"

Lo anterior explica que el contrato de aprendizaje se encuentre intensamente reglamentado e intervenido por el Estado, lo cual implica, entre otras cosas, la imposición de la obligación a ciertas empresas de vincular un determinado número de aprendices. Así, el artículo 32 de la Ley 789 de 2002 establece esa obligación para las empresas privadas que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, y que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince, mientras que el artículo 33 de ese mismo cuerpo normativo establece el porcentaje de aprendices, que es de uno por cada 20 empleados.

Esto significa que el contrato de aprendizaje tiene objetivos y especificidades que lo distinguen de la relación de trabajo ordinaria, por lo que es razonable que ciertos aspectos del mismo queden excluidos de la negociación colectiva, a fin de asegurar la viabilidad del conjunto del sistema de capacitación de la mano de obra en el país. Y en ese contexto, la Corte considera que la exclusión de dicha negociación del apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices es una restricción proporcionada al derecho de negociación colectiva de los trabajadores, puesto que los aprendices no son en sentido estricto trabajadores y resulta razonable que si la ley obliga a las empresas a vincular a un determinado número de aprendices, al menos establezca salvaguardas para asegurar que esa vinculación no resulte desproporcionadamente onerosa, como es la de limitar la negociación colectiva en este preciso aspecto.

48- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Carta son proporcionados y respetan los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, por lo que esas

disposiciones serán declaradas exequibles.

El problema del efecto general inmediato de las normas laborales y el principio de progresividad

49- Entra la Corte a analizar por último un tema no planteado por la demanda, pero que tiene vínculos evidentes con el mandato de progresividad, y es el relativo al efecto general e inmediato de las normas laborales incorporadas al CST, tal y como lo señala el artículo 16 de ese estatuto. Ese mandato, según el cual las normas laborales se aplican también a los contratos en curso, ha sido justificado por el carácter de orden público de las normas laborales, que limita la autonomía contractual e independiza las reglas laborales de las normas que gobiernan los contratos civiles. Al respecto, la reciente sentencia C-781 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández, rechazó la solicitud de la demanda, que planteaba que la nueva regulación de los salarios caídos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 sólo podría aplicarse a los contratos celebrados con posterioridad a la promulgación de la citada ley, pero no a los contratos en curso. Dijo entonces la Corte en el fundamento 6º de esa providencia:

"De otra parte, la Sala considera que si se aceptara que los efectos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 son asimilables en la esfera del derecho laboral, para sostener que en todo contrato de esta naturaleza se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, ello no implica que el esquema de la indemnización moratoria deba mantenerse inalterado en el tiempo y que el legislador no pueda introducir modificaciones en su contenido. Al respecto conviene recordar que las normas que regulan las relaciones laborales son de orden público, lo cual significa que la autonomía de la voluntad se restringe considerablemente ya que es el Legislador el encargado de adoptar diseños normativos para ámbitos concretos como el de la indemnización moratoria, y de señalar sus efectos temporales, claro está, dentro del marco fijado por la Constitución.

Así, es incorrecto afirmar que el régimen de indemnización moratoria vigente hasta la expedición de la Ley 789 de 2002 se hace extensivo a todos los contratos suscritos antes de su promulgación, por cuanto el derecho a ese pago únicamente se consolida cuando a la fecha de terminación del vínculo laboral el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales al trabajador, pero en manera alguna nace al momento mismo de la celebración del contrato."

50- La anterior doctrina es en principio válida. Debido a la importancia del trabajo en el ordenamiento constitucional colombiano (CP arts 1, 25 y 53), y a que, como bien lo señala el actor, el trabajo no es constitucionalmente una simple mercancía que pueda estar sometida a las normas civiles y comerciales, es perfectamente válido que la ley califique las normas laborales como disposiciones de orden público, que son de vigencia inmediata. Y es que la Constitución admite que el sistema económico se funda parcialmente en una economía de mercado (CP art. 333), dentro del marco de la dirección de la economía por parte del Estado (CP art. 334). Pero la Constitución rechaza la existencia de una sociedad de mercado, en donde todas las relaciones sociales se encuentren sometidas a las dinámicas mercantiles, pues eso es contrario a la prevalencia de la dignidad humana y de los derechos de las personas (CP arts 1º y 5º). Y en particular las relaciones de trabajo no pueden estar sometidas únicamente a las dinámicas de mercado, puesto que el trabajo es un valor fundante del ordenamiento y goza de una especial protección del Estado (CP arts 1 y 25), por lo que es normal que las reglas laborales sean en parte distintas de las normas civiles y comerciales.

Sin embargo, esa regulación sobre los efectos temporales de las disposiciones laborales debe ser armonizada con el mandato de progresividad, el cual, como ya se ha explicado largamente, prohibe prima facie, los retrocesos en la protección de los derechos sociales. Ahora bien, cuando las nuevas normas son más favorables a los trabajadores que se encuentran empleados, el efecto general e inmediato de las normas incorporadas al CST no plantea ningún problema constitucional, pues desarrolla el principio de progresividad, al dar aplicación a los contratos laborales en curso de los avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ese efecto general inmediato es constitucionalmente problemático cuando las nuevas regulaciones representan menores garantías para los trabajadores empleados, puesto que la aplicación inmediata a los contratos ya existentes hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales. Por ello la Corte considera que no es posible aplicar mecánicamente la norma sobre efectos temporales inmediatos de las regulaciones laborales. A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contrato en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada. Con esos criterios, entra la Corte a analizar si la aplicación general e inmediata de las normas impugnadas vulnera o no el mandato de progresividad.

51- La modificación del contrato de aprendizaje no suscita, en este aspecto, ninguna inquietud constitucional, pues en este caso la propia Ley 789 de 2003 exceptuó esa reforma de la regla de aplicación inmediata. Así, el parágrafo transitorio del artículo 30 de ese cuerpo normativo precisa inequívocamente que los “contratos de aprendizaje que se estén ejecutando a la promulgación de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la celebración del contrato.”

52- La estrategia de reducción de los recargos por jornadas nocturnas o por festivos, o la flexibilización de la jornada de trabajo y de los días de descanso, son medidas que buscan tener efectos inmediatos en la promoción del empleo, pues pretenden una reducción de costos y una flexibilización de las jornadas de trabajo. La aplicación de esas medidas a los contratos acordados antes de la vigencia de la Ley 789 de 2003 tiene entonces lógica, pues permite inmediatamente a los empresarios reducir sus costos y flexibilizar sus procesos económicos, lo cual incentiva la contratación de nuevas personas. Por ello la Corte encuentra que la aplicación de esas medidas incluso para contratos establecidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 789 de 2003 es compatible con el mandato de progresividad, por lo que no encuentra reparo a que el artículo 26 haya señalado que, a partir del 1 de abril de 2003, esas medidas serían aplicadas a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la mencionada ley.

Igualmente, la reducción de la indemnización por despido injusto establecida en el artículo 28 acusado busca esencialmente reducir el riesgo de contratación de los patronos, en la medida en que los costos de un eventual despido sin justa causa resultan menores. Esto significa que esa medida promueve el empleo, por cuanto reduce el riesgo de los empresarios a contratar, pues saben que si requieren despedir a ese nuevo empleado, les será menos costoso. Su aplicación a los contratos vigentes también encuentra sentido pues facilita la adaptación de las empresas a los ciclos económicos.

El segundo problema bajo revisión: el artículo 1º y la posible distorsión del sistema de seguridad social.

53- El actor cuestiona el artículo 1º, pues considera que éste incorpora una definición de un sistema de protección social, que desconoce el sistema de seguridad social establecido por el artículo 48 de la Carta y desarrollado por la Ley 100 de 1993. Además, según su parecer, la creación del Fondo de Protección Social es inconstitucional pues permite el desvío de los recursos de la seguridad social a fines distintos y el traslado de recursos de las entidades territoriales a la Nación. Por el contrario, los intervinientes y la Vista Fiscal consideran que la creación del sistema de protección social y del Fondo de protección social son desarrollos legítimos de la libertad de configuración del Congreso en este campo, y que esta norma no permite desvíos de recursos de la seguridad social ni autoriza traslados indebidos de recursos de las entidades territoriales a la Nación.

Como se puede ver, la demanda contra el artículo 1º plantea básicamente tres problemas constitucionales: (i) si esa norma, al definir el sistema de protección social, desconoce el diseño constitucional de la seguridad social; (ii) si esa disposición permite un inconstitucional desvío de los recursos de la seguridad social, que viole el mandato del artículo 48 de la Carta, según el cual, no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella; y (iii) finalmente, si esa disposición autoriza un traslado a la Nación de los recursos de las entidades territoriales, que viole la prohibición constitucional establecida por el artículo 362 superior. Para responder a esos interrogantes, la Corte comenzará por recordar brevemente los alcances de la libertad del legislador en la configuración de la seguridad social.

54- La seguridad social constituye no sólo un servicio público obligatorio sino también un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (CP. arts 48, 49 y 365). Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere. Así, por ejemplo, la Carta no establece un sistema de salud y seguridad social estrictamente público ni prefiere uno de carácter privado, sino que deja a la ley la regulación de ese punto.

Reiteradamente ha explicado la jurisprudencia que el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación[41]. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema de seguridad social, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros.

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el

Constituyente y que restringen esa discrecionalidad[42]. “Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social”[43]. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta.

55- Conforme a lo anterior, el actor acierta en señalar que un determinado desarrollo legal de la seguridad social puede ser contrario a la Carta, si vulnera los principios y diseños constitucionales de la misma. Sin embargo, la Corte no encuentra que el artículo 1º contenga definiciones, diseños o instrumentos que vulneren específicamente los principios constitucionales de la seguridad social.

56- El argumento según el cual, la definición del sistema de protección social introduce desorden institucional, en la medida en que altera el sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, no es convincente, pues una ley nueva puede modificar, derogar o complementar desarrollos previos en materia de seguridad social. No corresponde a esta Corte determinar en esta sentencia hasta qué punto la creación del sistema de protección social implica o no la derogación de ciertos aspectos del sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, pues no es función de esta Corporación indicar las condiciones de vigencia de las disposiciones legales. Basta señalar que el hecho de que el artículo 1º de la Ley 789 de 2002 haya eventualmente modificado la Ley 100 de 1993 no representa un cargo de constitucionalidad que pueda prosperar, pues el Legislador mantiene su libertad de configuración en este campo. El cargo es entonces rechazado.

57- El único punto en que el actor realmente ataca un aspecto del diseño del artículo 1º de la Ley 789 de 2002 es el relativo al principio de socialización de los riesgos derivados de los cambios económicos y sociales, establecido en el inciso cuarto. Según el demandante, ese principio pretende que los trabajadores asuman los riesgos del sistema, lo cual deja abierta la posibilidad para que el empleador y el Estado determinen cuáles son los riesgos que debe asumir el trabajador, lo cual lo perjudica, porque tiene que eventualmente ceder sus garantías laborales para el beneficio de la economía nacional.

Sin embargo, la Corte no comparte esa visión, pues el principio de socialización de los riesgos no es en sí mismo inconstitucional ya que puede ser considerado un desarrollo del principio de solidaridad, que tiene claro sustento en la Carta (CP art 1º). Otra cosa es que eventualmente algunos desarrollos específicos del principio de socialización de los riesgos puedan ser inconstitucionales, al descargar responsabilidades desproporcionadas en los trabajadores. Pero en ese caso, es necesario atacar esos desarrollos concretos, por cuanto el principio en sí mismo considerado se ajusta a la idea de Estado social de derecho, que es la fórmula constitucional adoptada por la Carta (CP art. 1°).

58- El análisis anterior es suficiente para desestimar el cargo relativo a la supuesta desfiguración del sistema de seguridad social, por lo que la Corte entra a analizar los ataques contra la creación del Fondo de Protección Social.

El actor acierta en señalar que los recursos de la seguridad social no pueden ser destinados a otros fines (CP art. 48). Por ello esta Corte ha declarado la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones legales que permiten el desvío de esos recursos a otras actividades[44]. Sin embargo, la Corte no encuentra que la regulación general del Fondo de Protección Social permita

el desvío de recursos de la seguridad social, por la sencilla razón de que en ninguna parte del artículo acusado aparece que los dineros que alimentan ese fondo provengan de la seguridad social. En efecto, ese fondo es alimentado por (i) los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional, (ii) los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social, (iii) las donaciones que reciba, (iv) los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos, (v) los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, (vi) en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título. Ahora bien, con excepción de los recursos aportados por las entidades territoriales, cuya constitucionalidad será examinada específicamente en el siguiente fundamento de esta sentencia, ninguno de los otros recursos tiene por qué provenir de la seguridad social, por lo que el cargo de desvío de esos dineros carece de sustento.

59- Entra la Corte a examinar los problemas planteados por los recursos aportados al fondo por las entidades territoriales. Esa fuente de recursos al fondo plantea varios problemas constitucionales, especialmente porque la propia ley no determina ni el monto ni las características de esos recursos. En efecto, a pesar de que esa ley es la que crea el Fondo de Protección Social, la Corte no encontró en la misma ninguna norma que definiera con claridad el origen, monto y características de los recursos que las entidades territoriales aportan a ese fondo. Por consiguiente, debido a ese vacío, podría entenderse que corresponde al Gobierno definir esos temas, en virtud de lo señalado en el parágrafo del artículo atacado, que señala que el "Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y la destinación de los recursos del Fondo de Protección Social". Ahora bien, en principio no es inconstitucional que se prevea, dentro de ciertos límites, que las entidades territoriales hagan aportes a un fondo nacional destinado a la protección social, puesto que ese mecanismo puede ser entendido como una forma de racionalización del uso de esos recursos, que permite además compensar ciertos desequilibrios regionales. Sin embargo, es necesario que la ley defina los montos y características de esos recursos, por lo que la aplicación efectiva del literal 2º de este artículo queda condicionada a la existencia de una ley complementaria que defina esos aspectos, que tienen reserva legal.

60- Por último procede la Corte a analizar el problema de la destinación de estos recursos del fondo. Ahora bien, esta Corporación encuentra que la ley no define con claridad dicha destinación sino que atribuye una competencia para tal efecto al Gobierno. Así, el inciso quinto atribuye al Gobierno la facultad de definir los programas financiados pues señala que la finalidad del fondo será la financiación "de programas sociales que el Gobierno Nacional defina como prioritarios". Por su parte, el parágrafo de ese mismo artículo reitera que el Gobierno reglamentará la destinación de los recursos del Fondo Nacional de Protección Social. Ahora bien, la Corte considera que la destinación de esos recursos no puede quedar abierta a la discreción gubernamental, pues existe reserva legal en materia del decreto y orientación del gasto público. En efecto, la Carta establece que los gastos deben estar incorporados en el presupuesto (CP art. 345), y a su vez, las partidas incorporadas en la ley de apropiaciones deben corresponder a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo (CP art. 346). Por consiguiente, no puede el artículo acusado conferir al Gobierno la facultad de definir los programas a ser financiados con los recursos del fondo, pues dicha determinación es del resorte de la ley, por lo que resulta ineludible declarar la inexequibilidad del parágrafo de esta disposición y de la expresión "que el Gobierno Nacional defina como prioritarios". Por esa misma razón, resulta necesario precisar que los programas sociales que podrían ser financiados por ese fondo deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto debe haber sido

incorporado previamente en el correspondiente presupuesto, tal y como lo ordenan los artículos 345 y 346 de la Carta.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-781 de 2003, que dispuso:

"Primero. Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el inciso primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2003, salvo la expresión "o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial", que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003."

Segundo. Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "Lo dispuesto en el inciso 1º. de este artículo" y "Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente" del parágrafo 2 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Tercero. **INHIBIRSE** de conocer, por ausencia de cargo, de la constitucionalidad del numeral segundo y del parágrafo primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, así como del segundo párrafo del numeral primero de ese artículo, que literalmente dice: "Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero".

Cuarto. Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Quinto. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, por los cargos estudiados, en el entendido de que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto; salvo las expresiones "que el Gobierno Nacional defina como prioritarios" y el parágrafo que se declaran **INEXEQUIBLES**.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-038 DE 27 DE ENERO DE 2004.

REGULACION LABORAL EN INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO-No aplicación a contratos nacidos antes de la vigencia de la nueva ley (Salvamento y aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-No menoscabo de derechos (Salvamento y aclaración de voto)

PRINCIPIOS MINIMOS FUNDAMENTALES DE LA RELACION LABORAL-Vigencia (Salvamento y aclaración de voto)

TRABAJO-No es una mercancía (Salvamento y aclaración de voto)

DERECHOS DEL TRABAJADOR-No constituyen un factor de encarecimiento de la producción (Salvamento y aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-Disminución de costos para el empleador (Salvamento y aclaración de voto)

TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO-Disminución de derechos del trabajador (Salvamento y aclaración de voto)

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA-Disminución de indemnización para el trabajador (Salvamento y aclaración de voto)

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA-Nueva regulación con efectos hacia el pasado (Salvamento y aclaración de voto)

CONTRATO DE APRENDIZAJE-Desaparición como modalidad específica (Salvamento y aclaración de voto)

REGULACION LABORAL DE CONTRATO DE APRENDIZAJE-Privación de la naturaleza jurídica de "salario" (Salvamento y aclaración de voto)

DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA EN CONTRATO DE APRENDIZAJE-Vulneración (Salvamento y aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me veo precisado a aclarar mi voto en relación con lo decidido en el numeral 1º de la Sentencia C-038 de 27 de enero de 2004 y a salvarlo con respecto a lo decidido en el numeral 4º de la misma sentencia, por las razones que a continuación se indican.

1º. En la Sentencia C-781 de 10 de septiembre de 2003 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 29 de la Ley 789 de 2003, salvo la expresión "o si presentada la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial", que se declara inexequible.

Respecto de esa decisión salvé el voto, por cuanto a mi juicio, el artículo 65 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo, con la redacción que a él se le dio por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es contrario a la Constitución en su integridad si se aplica a contratos laborales surgidos a la vida jurídica antes de la fecha de iniciación de la vigencia de esa ley, y, en tal virtud, estimé entonces que debería haberse declarado por la Corte su exequibilidad condicionada a la no aplicación de lo allí dispuesto a los contratos existentes en esa fecha, lo que no se hizo por la Corte. Consideré entonces, -y así lo sigo considerando-, que si conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", con mucha mayor razón ese concepto aplicable en la legislación civil y mercantil debe tener aplicación integral cuando se trata de contratos de trabajo, si se tiene en cuenta que conforme al artículo 25 de la Constitución Política el trabajo, en todas sus manifestaciones, gozará de la especial protección del Estado, norma que guarda relación inescindible con el artículo 53 de la Constitución el cual establece, sin que quepa duda alguna que uno de los principios aplicables a las relaciones laborales es el de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, razón esta que indica con toda claridad que si a la terminación del contrato de trabajo no se le cancela al trabajador el valor total de los salarios y prestaciones debidos, salvo retención autorizada por la ley o convenio celebrado por las partes sobre el particular, la indemnización a que tiene derecho el trabajador será de "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo" y por todo el tiempo que dure la mora en el pago al trabajador. Es decir que el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 no puede aplicarse a los contratos de trabajo celebrados antes de la vigencia de esa ley (27 de diciembre de 2002), pues, ello sería tanto como desconocer derechos claros e indiscutibles de los trabajadores cuyo contrato laboral surgió a la vida jurídica con anterioridad a esa fecha.

2º. En la Sentencia C-038 de 27 de enero de 2004 se declaró la exequibilidad de los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002, "pero únicamente por los cargos estudiados", en el numeral cuarto de la parte resolutiva; y, en el numeral quinto de la misma se declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 1º de la citada ley, salvo las expresiones "que el Gobierno Nacional defina como prioritarios y el parágrafo que se declara inexequibles".

Con respecto a lo decidido por la Corte sobre la exequibilidad de las normas acabadas de mencionar, se observa por el suscrito magistrado que en un Estado Social de Derecho adquieren

trascendencia jurídica tanto la declaración que en el preámbulo de la Constitución se hace al expresar en él que la Constitución se expidió teniendo como uno de los valores que la fundan "el trabajo", así como el artículo 53 de la Carta Política, en el que se señalan los principios mínimos fundamentales que deben ser respetados en las relaciones laborales. Es decir, ese artículo 53 de la Constitución tuvo como uno de sus objetivos el asegurar a los trabajadores que las reformas laborales que se expidieran en el futuro no podrían, en ningún caso, menoscabar sus derechos.

La circunstancia desafortunada de que, por diversos factores, -a los cuales no escapa la actividad de los grupos de presión-, no se haya expedido todavía el estatuto del trabajo, no significa que exista una potestad configurativa de la ley laboral como si el artículo 53 de la Constitución no existiera. Al contrario, como es clara su vigencia, el legislador encuentra en el contenido de esa norma constitucional límites infranqueables.

De la misma manera los artículos 1º y 25 de la Carta señalan la órbita dentro de la cual puede actuar legítimamente el legislador en materia laboral. Es claro que el trabajo en el ordenamiento jurídico positivo constitucional de Colombia es un valor, un principio y un derecho cuya regulación ha de realizarse teniendo en cuenta que la Carta ordena que la legislación se dirija al establecimiento de un "orden justo". Esto impide que la ley laboral se torne regresiva y disminuya los derechos de los trabajadores.

Analizadas las normas en cuestión resulta prima fascie que ellas quebrantan la Constitución Política. Se parte para dictarlas de la consideración del trabajo como una mercancía, y, por ello, tanto en la exposición de motivos que acompañó el Gobierno al proyecto de ley respectivo como en la discusión correspondiente, se expresó una y otra vez que las normas contenidas en los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de lo que hoy es la Ley 789 de 2002, se consideraban importantes para disminuir los costos de los empleadores. Es decir, que los derechos de los trabajadores se estiman como factor de encarecimiento de la producción y, por ello, se hacia imprescindible la reforma de la legislación laboral para que el trabajo diurno se extienda de ahora en adelante por virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002, al período comprendido entre las 6 de la mañana y las 10 de la noche, pese a que la evidencia indica que por lo menos las cuatro últimas horas no son diurnas, sino nocturnas. Aquí, para disminuir los denominados "costos laborales", se decidió que la ley sea el instrumento para disminuir la noche parcialmente. Así, aumentan las ganancias de unos a costa del trabajo mal remunerado de los otros. Pero ello poco importa. Más, como a la Constitución no se le pueden hacer esguinces, es claro para el suscrito magistrado que de esa manera se vulneró sin lugar a dudas la Constitución Política.

De igual modo, si conforme a la Constitución ni la ley ni los contratos laborales pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, aparece de bulto la inconstitucionalidad del artículo 26 de la ley acusada, pues mediante él se reforma el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado ya por el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, para establecer ahora que en cuanto a la remuneración por el trabajo dominical, si el domingo coincide con otro día de descanso remunerado el derecho del trabajador a la remuneración se disminuye de tal manera que si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado, sólo tenga derecho a percibir por su trabajo lo que le correspondería por el día domingo, pero no por el festivo y en la proporción allí establecida es decir con un recargo del 75% sobre el salario ordinario de acuerdo con las horas laboradas.

De otra parte, se establece en el parágrafo segundo del citado artículo 26 de la Ley 789 de 2002 que "se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario" y que "es habitual cuando el trabajador labore tres o más

domingos durante el mes calendario", parágrafo este que señala, de manera inequívoca, el propósito definido de la ley de disminuir, en forma creciente, la remuneración extraordinaria del trabajo en días dominicales, lo que implica un evidente retroceso en la legislación laboral no autorizado por la Constitución Política.

El artículo 28 de la Ley 789 de 2002 modifica el artículo 64 del código Sustantivo del Trabajo, que ya había sido subrogado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990. Tal modificación se encamina ahora a la disminución de la indemnización que deba pagarse al trabajador cuando se produce la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador. Además, se señala que tal modificación en la indemnización se aplicará a los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la ley tuvieren diez años o más al servicio continuo del empleador, de suerte que ellos se regirán por lo establecido en los literales b), c) y d) del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio que se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez años o más el 1º de enero de 1991 que, a simple comparación del calendario, serán los que ahora tengan 23 años de trabajo o más, que seguramente estarán ya pensionados y fuera del alcance de la norma por esa razón. De nuevo, queda aquí claro que la norma rige hacia atrás, pues a ello equivale establecer que será aplicada a los trabajadores que al momento de su expedición tuvieren diez años o más al servicio continuo del empleador. Esto significa, ni más ni menos, que la relación laboral, a la cual se incorporaron por ministerio de la ley las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de trabajo, son ahora, de manera brusca e intempestiva, desconocidas por el legislador sin que se encuentre autorizado constitucionalmente para el efecto, pues como ya se dijo en este salvamento de voto, así se desprende del preámbulo y de los artículos 1º, 25 y 53 de la Carta Política.

En el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 desaparece el contrato de aprendizaje como una modalidad específica del contrato de trabajo, pues simplemente se señala que el aprendiz recibirá formación teórico-práctica en una entidad autorizada, con el patrocinio de una empresa y que por ello recibirá "un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario"; adicionalmente, se expresa que tal apoyo de sostenimiento "en la fase lectiva" será el "equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente" y que en la "fase práctica será equivalente al 75% de un (1) salario mínimo mensual vigente", a menos que la tasa de desempleo nacional sea inferior al 10% , "caso en el cual será equivalente al 100% de un salario mínimo legal vigente". Y como si lo anterior ya no fuera bastante, se dispone que "en ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva".

Es absolutamente claro para el suscrito magistrado que la exclusión del contrato de aprendizaje como una modalidad del contrato de trabajo para privar de la naturaleza jurídica de "salario" la remuneración al aprendiz que siéndolo no deja de ser por ello un trabajador, es manifiestamente contraria a la Constitución, pues desconoce de manera frontal el artículo 25 de la Constitución Política, así como las normas internacionales protectoras del trabajo en la modalidad de aprendizaje, aceptadas por la Organización Internacional del Trabajo, e incorporadas al ordenamiento jurídico interno por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política.

De la misma manera, resulta contrario a la Carta que a esos trabajadores se les pueda remunerar con la mitad de un salario mínimo mensual vigente en unos casos y con el 75% de ese salario mínimo en otros casos, pues así se desconoce el derecho a que el trabajo tenga una remuneración equitativa, que es también un mandato de la Constitución.

En la misma dirección, resulta contrario a la Carta Política hacer depender la remuneración de quienes celebren contrato de aprendizaje de la variación de la tasa de desempleo, para señalar que en la fase práctica la remuneración podrá alcanzar al ciento por ciento del salario mínimo legal vigente, pero sólo si la tasa de desempleo nacional es menor del 10%, factor este que en nada depende de quien labora en una empresa determinada, sino, por completo, de la dirección de la economía que, constitucionalmente, corresponde al Estado.

Pero la inconstitucionalidad de la norma sube de punto en cuanto ella dispone que se excluye de la negociación colectiva y, en consecuencia no puede ser regulado por ella a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales "el apoyo de sostenimiento mensual" (que es salario) a los trabajadores que ejecutan su labor en desarrollo de un contrato de aprendizaje. Semejante disposición, además de violatoria de los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución, lo es también del artículo 55 de la Carta que de manera expresa garantiza el derecho de negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales.

En cuanto hace referencia al artículo 51 de la Ley 789 de 2002 que establece lo que la ley denomina "jornada laboral flexible", se enmarca dentro del mismo propósito confesado durante la discusión del proyecto de ley respectivo de disminuir los costos laborales, pero dentro de jornada ordinaria laboral diurna de 6 de la mañana a 10 de la noche, lo que vuelve a plantear la inexequibilidad de la norma por las razones ya expresadas.

Adicionalmente, sobre el artículo 51 de la Ley 789 de 2002, he de reiterar que en la Sentencia C-801 de 2003 salvé el voto con respecto a su declaración de exequibilidad, pues es claro que para su expedición ella no fue objeto de aprobación al culminar el primer debate en las sesiones conjuntas de las Comisiones Séptimas del Senado y de la Cámara de Representantes, ni incluída en la ponencia para segundo debate en el Senado de la república, ni aprobada en sesión ordinaria de esa Corporación el 16 de diciembre de 2002, sino incluida a propuesta de las llamadas "comisiones de conciliación", lo que señala de bulto su inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas, salvo entonces el voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-038/04

DERECHOS DEL TRABAJADOR EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Protección (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS SOCIALES-Carácter fundamental en muchos sistemas jurídicos (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Presunción de máxima expansión (Salvamento parcial de voto)

No es cierto que los derechos fundamentales nacen "por su propia naturaleza limitados"; pues cuando la Constitución consagra un derecho fundamental se debe presumir la máxima amplitud del mismo (es lo que la doctrina constitucional italiana denomina presunción de la máxima expansión de la libertad). En realidad los derechos fundamentales nacen sólo con los límites que

la propia Constitución les establezca (bien que se trate de otros principios fundamentales u obligaciones constitucionales).

DERECHOS FUNDAMENTALES-Límites con fundamento sólo en la Constitución (Salvamento parcial de voto)

Si no existe otra norma constitucional que limite el derecho, el legislador no puede limitarlo y correlativamente el ciudadano debe gozar plenamente de ese derecho fundamental; y cualquier límite que no tenga fundamento en la propia Constitución es inconstitucional.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Limitación en principio es inconstitucional (Salvamento parcial de voto)

Toda limitación de un derecho es en principio inconstitucional y existe una carga para quien lo limita, de demostrar que esa limitación es constitucional y si no logra la norma es inconstitucional.

TRABAJO-Derecho y principio (Salvamento parcial de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter estricto respecto a un derecho fundamental (Salvamento parcial de voto)

REFORMA LABORAL-Situación más desigualitaria para el trabajador (Salvamento parcial de voto)

IGUALDAD-Reglas de distribución (Salvamento parcial de voto)

Tales reglas especifican, explícita o implícitamente, lo siguiente: 1) un beneficio (por ejemplo, un voto) o una carga (por ejemplo, un año de servicio militar) que se debe distribuir; 2) un grupo de referencia –es decir, una clase de personas a quienes se pretende aplicar la regla, definidas a menudo por una característica común (por ejemplo, todos los ciudadanos); 3) un grupo seleccionado; es decir, una subcategoría del grupo de referencia a quien se distribuye el beneficio o la carga (por ejemplo, todos los ciudadanos de determinada edad).

IGUALDAD-Reglas de redistribución de beneficios o cargas determinadas (Salvamento parcial de voto)

REF.: Expediente D-4661

Magistrado Ponente:

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Con el respeto debido por las decisiones de la Corte Constitucional, el suscrito magistrado salva parcialmente el voto en los siguientes aspectos.

En relación con el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia que es cosa juzgada, aclaro el voto, por cuanto en su oportunidad salve el voto en la sentencia C-781 de 2003.

En relación con el numeral tercero que es una inhibición, mi voto es favorable a la inhibición.

En relación con los numerales segundo, cuarto y quinto que declaran exequibles ciertas normas, salvo el voto, por las siguientes razones:

1. Con este fallo se desmonta el Estado social de derecho. El Estado social de derecho se caracteriza por tener una organización del trabajo, dirigido a tutelar los derechos de los trabajadores y mitigar su estado de inferioridad ante los patronos. El Estado social de derecho busca hacer efectivos los derechos económicos y sociales de la clase obrera, por los que la clase obrera ha luchado desde su nacimiento: El derecho al descanso, a un salario digno para él y su familia, a la seguridad social, al trabajo, a la salud, a la huelga, a la educación, a la vivienda, a las pensiones de: jubilación, invalidez, muerte, etc.

No sobra recordar que en muchos sistemas jurídicos, los derechos económicos o sociales, como la salud y la educación son derechos fundamentales.

La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha sostenido la tesis de que los derechos fundamentales son por su propia naturaleza limitados; tesis que no he compartido por las siguientes razones:

No es cierto que los derechos fundamentales nacen "por su propia naturaleza limitados"; pues cuando la Constitución consagra un derecho fundamental se debe presumir la máxima amplitud del mismo (es lo que la doctrina constitucional italiana denomina presunción de la máxima expansión de la libertad).

En realidad los derechos fundamentales nacen sólo con los límites que la propia Constitución les establezca (bien que se trate de otros principios fundamentales u obligaciones constitucionales).

Esta distinción es importante, por las consecuencias que trae aparejadas; ya que si no existe otra norma constitucional que limite el derecho, el legislador no puede limitarlo y correlativamente el ciudadano debe gozar plenamente de ese derecho fundamental; y cualquier límite que no tenga fundamento en la propia Constitución es inconstitucional.

Esto es también válido en relación con ciertos límites particulares, que no pueden ser aplicados a los derechos sino cuando la Constitución expresamente lo señala y que a contrario sensu no pueden aplicarse si la Constitución expresamente no los establece; por ejemplo: los conceptos de seguridad pública, buenas costumbres, sanidad, orden público, etc., no pueden aplicarse para restringir o limitar derechos fundamentales por el legislador si la Constitución expresamente no los establece.

Gozando el individuo en principio de una libertad ilimitada, toda limitación de un derecho debe ser justificada por quien hace la limitación y no por el individuo que recibe la limitación. Toda limitación de un derecho es en principio inconstitucional y existe una carga para quien lo limita, de demostrar que esa limitación es constitucional y si no logra la norma es inconstitucional. No sobra recordar que en este caso se trata del derecho al trabajo que no solo es un derecho fundamental sino un principio constitucional que sirve de fundamento a todo el Estado por mandato del artículo 1° de la Constitución.

Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, toda limitación de un derecho fundamental debe ser sometido al control constitucional más estricto posible.

2. En materia del control de constitucionalidad siempre se encuentra presente el principio de igualdad, en el caso concreto, con mayor razón ya que el demandante señaló expresamente que se estaba violando el artículo 13 de la Constitución Política y otros, que establecen modalidades de la igualdad. Las normas declaradas exequibles violan la Constitución y el principio de igualdad, por cuanto en relación con la situación anterior de los trabajadores crean una situación

más desigualitaria e inequitativa.

Es necesario precisar algunos conceptos que hacen más inteligible la problemática de la igualdad y sus reglas de distribución.

Debemos examinar brevemente la estructura de las reglas de distribución de la igualdad, antes de determinar lo que las convierte en igualitarias o desigualitarias. Tales reglas especifican, explícita o implícitamente, lo siguiente: 1) un beneficio (por ejemplo, un voto) o una carga (por ejemplo, un año de servicio militar) que se debe distribuir; 2) un grupo de referencia –es decir, una clase de personas a quienes se pretende aplicar la regla, definidas a menudo por una característica común (por ejemplo, todos los ciudadanos); 3) un grupo seleccionado; es decir, una subcategoría del grupo de referencia a quien se distribuye el beneficio o la carga (por ejemplo, todos los ciudadanos de determinada edad).

Las reglas que asignan beneficios o cargas, especialmente aquellas decretadas por ley, operan en un contexto históricamente determinado. Por consiguientes, son consideradas más adecuadamente como reglas de redistribución. Hay una distribución que puede ser el resultado de la aplicación de cierta regla formal de distribución, o puede ser la consecuencia de una costumbre. Cuando se introduce una regla nueva (por ejemplo, cuando se promulga una ley) que redistribuye los beneficios o las cargas, cambia la proporción del grupo seleccionado respecto al grupo de referencia. Como, queremos determinar si tal regla de redistribución es igualitaria y en qué grado, para ello debemos comparar la distribución dada históricamente, con la distribución que resulta de la aplicación de la regla.

Respecto a una distribución dada (y respecto a un grupo de referencia dado), una regla de redistribución de beneficios o cargas determinadas es más igualitaria cuanto mayor sea la proporción del grupo seleccionado respecto al grupo de referencia después de la aplicación de la regla, en comparación con la distribución original.

En otras palabras, la asignación es tanto más igualitaria cuanto más igualitaria sea la aplicación de la regla. Viceversa, una regla de redistribución es tanto más desigualitaria, cuanto más reduzca el tamaño del grupo seleccionado.

¿Admitir 400, de los 600 que hicieron la solicitud para entrar a la Universidad, es una política igualitaria o desigulitaria?; Depende: Si el año anterior fueron admitidos 300 de los 600 que hicieron la solicitud, admitir 400 incrementa la proporción del grupo seleccionado; en consecuencia, esta nueva política constituye una regla de distribución más igualitaria. Pero esta misma política es desigualitaria si anteriormente se admitió a 500 de los 600 que hicieron la solicitud. La Constitución francesa de 1791 era igualitaria no porque sustituyera nobleza, por propiedad, como criterio para conferir el derecho de voto, sino porque amplió el sufragio a un número mucho mayor de ciudadanos (o sea, a más de la mitad de todos los varones adultos que pagaban cierto número de impuestos). Respecto a esta situación histórica, la posterior introducción del sufragio universal constituyó de nuevo una redistribución igualitaria del derecho de voto.[46]

3. El propio legislador confiesa en este caso (artículo 45 parágrafo) que no sabe si logre el fin propuesto ni si el medio utilizado es adecuado y necesario. Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, cuando el fin no es claro que se logre y el medio utilizado no es idóneo ni necesario (ya que existen otros medios para lograr el fin con menos lesión del derecho al trabajo), la norma debe ser declarada inconstitucional. Esta ley, confiesa que no sabe si los

trabajadores obtengan algún beneficio; sin embargo es claro que con estas disposiciones los trabajadores obtienen un perjuicio inmediato y los patrones un beneficio inmediato. Siendo en nuestro sistema constitucional el trabajo un valor, un principio y un derecho fundamental, en su protección no puede retrocederse sino que debe avanzarse permanentemente. Las normas acusadas son consecuencia del neoliberalismo y de las políticas que persiguen acabar con las conquistas laborales en donde es el trabajador el que siempre tiene que hacer el esfuerzo y no el capitalista.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-038/04

FONDO DE PROTECCION SOCIAL-Definición legal del monto, características y destino de recursos (Salvamento parcial de voto)

Correspondía a la misma Ley 789 de 2002, de creación del Fondo de Protección Social, definir el monto y las características de los recursos que las entidades territoriales le aportarán como una de sus fuentes de financiación. Como dicha Ley no hizo tal determinación, se afectó toda la determinación de la fuente de financiación del Fondo, y por ende igualmente, el acto mismo de su creación, resultando entonces contraria a la Constitución. En la misma Ley, tampoco se definió de manera específica el destino de dichos recursos, con el fin de ajustarse a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución, sin que le correspondiera a la Corte Constitucional tal determinación.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito salvar parcialmente el voto a la sentencia C-038 de 2004, en cuanto al aparte del artículo primero de la Ley 789 de 2002 declarado exequible bajo condicionamiento, y al que se refiere el numeral quinto de la sentencia.

Considero que ha debido declararse contrario a la Constitución el artículo primero de la Ley 789 de 2002 en cuanto a la creación del Fondo de Protección Social, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy de la Protección Social, con el objeto de financiar programas sociales, y contando entre sus fuentes de financiación con aportes, del Presupuesto Nacional, de las entidades territoriales para Planes, programas y Proyectos de protección social, donaciones, rendimientos financieros por la inversión de los anteriores recursos y los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez, y en general, de los demás recursos que reciba a cualquier título.

Lo anterior, por cuanto correspondía a la misma Ley 789 de 2002, de creación del Fondo de Protección Social, definir el monto y las características de los recursos que las entidades territoriales le aportarán como una de sus fuentes de financiación. Como dicha Ley no hizo tal determinación, se afectó toda la determinación de la fuente de financiación del Fondo, y por ende igualmente, el acto mismo de su creación, resultando entonces contraria a la Constitución. En la misma Ley, tampoco se definió de manera específica el destino de dichos recursos, con el fin de ajustarse a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución, sin que le correspondiera a la Corte Constitucional tal determinación como se hizo en el condicionamiento al indicar que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y

el gasto se haya incorporado previamente en el presupuesto.

Fecha ut supra,

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME CORDOBA TRIVIÑO A LA SENTENCIA C-038 DE 27 DE ENERO DE 2004.

REGULACION LABORAL EN INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO-No aplicación a contratos nacidos antes de la vigencia de la nueva ley (Salvamento y aclaración de voto)

DERECHOS DEL TRABAJADOR EN REFORMA LABORAL-Medidas regresivas en materia de protección (Salvamento y aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-Confrontación con los derechos, valores y principios constitucionales (Salvamento y aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-No justificación constitucional válida para medidas regresivas (Salvamento y aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-Ausencia de justificación en motivos que originaron medidas regresivas (Salvamento y aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito presentar las razones por las cuales aclaro mi voto en relación con lo decidido en el numeral primero de la Sentencia C-038 de 2004 y a salvarlo respecto a lo decidido en el numeral cuarto de la misma providencia.

1. En el numeral primero de la citada sentencia se resolvió:

Primero: **ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-781 de 2003, que dispuso:

“Primero. Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el inciso primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2003, salvo la expresión “o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial”, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE,** en lo acusado, el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003.”

En lo referente a esa decisión y teniendo en cuenta que respecto de la Sentencia C-781 de 2003 salvé mi voto, debo reiterar mi posición por cuanto considero que no se ajusta a los mandatos de la Carta Política que el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 se aplique a contratos laborales surgidos a la vida jurídica antes de la fecha de iniciación de la vigencia de esa norma, lo cual hacía necesario en dicha oportunidad y era menester en ésta, haber declarado la exequibilidad condicionada a la no aplicación de lo allí dispuesto a los contratos existentes en esa fecha.

Conforme lo expresé en esa ocasión "en los contratos laborales suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley 789 de 2002, se incorporó, por ministerio de la ley, la norma contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo entonces vigente. Por ello, si a la terminación del contrato de trabajo no se le cancela al trabajador íntegramente el valor de los salarios y

prestaciones debidos, salvo retención autorizada por la ley o convenio celebrado por las partes sobre el particular, la indemnización a que tiene derecho el trabajador, será de "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo", que es lo que en el lenguaje de uso diario y en algunas sentencias de la jurisdicción laboral se ha conocido como "salarios caídos", por todo el tiempo que dure la mora en el pago al trabajador."

En el caso de la sentencia de la cual disiento, se prohíja nuevamente, la tesis según la cual una relación laboral a la cual se incorporaron por ministerio de la ley normas vigentes al momento de la celebración del contrato de trabajo, puede ser objeto de modificación de forma inconsulta por el legislador sin que exista para ello justificación constitucional.

Considero que esta determinación hubiera sido distinta de haberse consultado el deber de protección especial que el Estado debe brindar tanto al principio y al derecho fundamental al trabajo, como al trabajador en el Estado social de derecho, conforme lo ordenan el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 25 y 53 de la Constitución Política.

2. Por su parte, en la Sentencia C-038 de 2004 se resolvió en el numeral cuarto lo siguiente:

"Cuarto. Declarar **EXEQUIBLES**, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002."

El fundamento de esa decisión se orienta a justificar la necesidad de implementar medidas regresivas en materia de protección laboral al considerar relevante disminuir los costos de los empleadores, entre otras, introduciendo modificaciones en la ampliación del trabajo diurno, la disminución de la remuneración al trabajo dominical y de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, la exclusión del contrato de aprendizaje como una modalidad del contrato de trabajo y la autorización a una jornada laboral flexible.

Así, en el entender de la mayoría con esas medidas, se pretende promover el empleo y el crecimiento económico del Estado, fines que si bien son claramente constitucionales, no pueden confundirse con la necesaria justificación que deben tener las medidas adoptadas para lograr esos fines.

En el presente caso, la decisión de la Corte confundió la finalidad de brindar un mayor empleo con la justificación de las medidas adoptadas para ese fin, puesto que éstas no fueron confrontadas con los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, ya que de haberlo sido, habría generado la inexequibilidad de las normas acusadas.

A mi juicio, la mera existencia de motivos para implementar las medidas de carácter regresivo cuestionadas en la demanda de inconstitucionalidad, no podían configurar una justificación constitucionalmente válida que permitieran realizar un juicio de proporcionalidad, como en efecto ocurrió, y mucho menos cuando las normas acusadas someten al trabajador a situaciones de indignidad laboral.

En síntesis, ante la ausencia de justificación en los motivos que dieron origen a las medidas regresivas adoptadas por el legislador y que fueron avaladas por la mayoría de esta Corporación, salvo mi voto.

Fecha ut supra,

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

[1] La expresión entre paréntesis "o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial" fue declarada inexequible por la sentencia C-781 de 2003.

[2] Sentencia C-1256 de 2001. MP Rodrigo Uprimny, Fundamentos 3, 8 y 17. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-131 de 1993, C-024 de 1994, C-509 de 1996 , C-447 de 1997, C-986 de 1999, C-1370 de 2000 y C-1052 de 2001.

[3] Ver artículo 7 del Protocolo de San Salvador y artículo 7° del PIDESC

[4] Ver, entre otras, las sentencias C-529 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997, C-478 de 1998, C-789 de 2002 y C-781 de 2003.

[5] Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 12 diciembre de 1974 y del 17 de marzo de 1977.

[6] Ver, entre otras, las sentencias C-529 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997, C-478 de 1998, C-789 de 2002 y C-781 de 2003.

[7] Sentencia C-478 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 11.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-781 de 2003. MP Clara Inés Vargas Hernández, Fundamento 6. En el mismo sentido, ver Corte Suprema de Justicia Sala Plena. Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. M.P. Jaime Sanin Greiffestein.

[9] Sentencia C-168 de 1995. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración e)

[10] Sentencia C-596 de 1997.

[11] Sentencia T-1319 de 2001, MP Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 12., tesis reiterada en las sentencias T-235ª de 2002 y C-04 de 2003.

[12] Ver, entre otras, las sentencias de esta Corte C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[13] Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados "Principios de Limburgo", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

[14] Ver sentencia SU-225 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 18 y ss.

[15] Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

[16] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[17] Sobre la relevancia constitucional de la doctrina de los organismos internacionales de

derechos humanos, ver, entre otras, las sentencias Cf-406 de 1996, C-10 de 2000, C-671 de 2002 y C-04 de 2003.

[18] Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

[19] Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

[20] Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-674 de 2002, C-427 de 2000, C-429 de 1997 y C-445 de 1995.

[21] Ver sentencia C-1191 de 2001, Fundamento 62; en el mismo sentido, ver sentencias C-093 de 2001, C-674 de 2002, , C-673 de 2001, C-081 de 1996, C-445 de 1995 y C-265 de 1994.

[22] Ver, entre otros, Carlos Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp 731 y ss y 797.

[23] Ver proyecto y exposición de motivos en Gaceta del Congreso No 350 del 21 de agosto de 2002, pp 17 y ss. Ver Ponencia conjunta para primer debate en Gaceta del Congreso No 444 del 25 de octubre de 2002, y Gaceta del Congreso No 449 del 28 de octubre de 2003. Ver igualmente las ponencias para segundo debate en la Cámara en la Gaceta del Congreso 579 del 10 de diciembre de 2002 y en el Senado en la Gaceta del Congreso No 575 de 2002.

[24] Gaceta del Congreso, No 350, pag 23.

[25] Distintas visiones del desempleo en Colombia se pueden encontrar en Ricardo Bonilla, Jorge Ivan González et al. Bien-estar y macroeconomía. Bogotá, CID, Contraloría General, 2003, punto II, pp 15 y ss. O en Eduardo Lora. El desempleo: ¿Qué hacer? Bogotá, Alfaomega, 2001 Para visiones próximas a las perspectivas que alimentaron el proyecto, ver la exposición de motivos y las ponencias mayoritarias para primer y segundo debate en las cámaras Gacetas del Congreso 350, 444 y 579 todas de 2002. Ver igualmente "Elementos para el debate sobre la reforma laboral" en Planeación y Desarrollo. No 4, diciembre 2001, pp 613 y ss. Para posturas críticas frente al diagnóstico del desempleo de la reforma laboral, ver la ponencia minoritarias para primer debate en las cámaras en Gaceta del Congreso No 471 del 6 de noviembre de 2002.

[26] Ver Gaceta del Congreso No 579 del 10 de diciembre de 2002, p 7.

[27] Ver Ponencia para Primer debate en Gaceta del Congreso No 444 del 25 de octubre de 2002, p 9.

[28] Gaceta del Congreso No 350 de 2002, p 25.

[29] Ver artículo 14 del proyecto en Gaceta del Congreso No 350 del 23 de agosto de 2002, p 19.

[30] Ver Gaceta del Congreso No 444 del 25 de octubre de 2002, p 35 y ss.

[31] Gaceta del Congreso No 444, p 35.

[32] Ver Gaceta del Congreso. No 471 del 6 de noviembre de 2002.

[33] Ver Adriana Rodríguez et al. "Reforma laboral: cuentas laxas, empleos precarios y menores ingresos" en Economía Colombiana. Febrero 2003, pp 62 y ss.

[34] Documento consultado en diciembre 2003 en www.dane.gov.co/inf_est/empleo.htm

[35] Al respecto, ver entre otras las sentencias C-470 de 1997, T-874 de 1999, SU-879 de 2000, T-1101 de 2001y T-629 de 2002.

[36] Sentencia SU-250 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 1.4., criterio reiterado, entre otras, por la sentencia SU-879 de 2000.

[37] Sentencia C-254 de 1995, MP Fabio Morón Díaz, Consideración D.

[38] Ver sentencia C-081 de 1996. Fundamento Jurídico No 8.

[39] Ver, entre otras, la sentencia C-551 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 290.

[40] Sentencia C-254 de 1995, Consideración B.

[41] Ver, entre muchas otras, las Sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997.

[42] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil y C-130 de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería.

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-1489 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[44] Ver, entre otras, la sentencia C-821 de 2001.

[45] Oppenheim, Felix E., Conceptos Políticos una reconstrucción, Edt. Tecnos, 1987, Pág. 78.

[46] Ibídem, pág. 83 y 84.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 27 de marzo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.694 - 10 de marzo de 2024)