

Sentencia C-257/08

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL RELATIVA-Configuración

COSA JUZGADA FORMAL RELATIVA-Concepto

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY-Improcedencia de nuevo juicio de constitucionalidad por vía de la acción pública de inconstitucionalidad

Para la Corte no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto: i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que es propia de un juicio político y no jurídico.

Referencia: expediente D-6822

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25, 26, 28 y 51 (en lo acusado) de la Ley 789 de 2002, "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo".

Demandante: Carlos Rodríguez Díaz

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá D. C., doce (12) de marzo de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Mediante auto del 28 de mayo de 2007, el Despacho del Magistrado Sustanciador, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, admitió la demanda presentada y ordenó i) fijación en lista de las normas acusadas a efectos de la intervención ciudadana, ii) correr traslado al Procurador General de la Nación para que emita el concepto de rigor, iii) comunicar la iniciación del trámite de la demanda al Presidente del Congreso de la República, Presidente de la República, Ministerio de la Protección Social, Departamento Nacional de Planeación y Departamento Administrativo Nacional de Estadística para que si lo consideraran oportuno intervengan en el asunto, iv) invitar a la Confederación General de Trabajadores CGT, Confederación del Trabajo de Colombia CTC, Asociación Nacional de Empresarios de

Colombia ANDI, Federación Nacional de Comerciantes FENALCO y facultades de economía de las Universidades Nacional, Andes y Externado, a participar en el presente asunto, v) requerir al Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia para que remitiera el estudio “Evaluación de la reforma laboral Ley 789 de 2002”, y vi) requerir al Ministerio de la Protección Social para que remitiera copia de las evaluaciones elaboradas por la Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de generación de empleo previstas en la Ley 789 de 2002.

En proveído calendado el 30 de agosto de 2007, el Magistrado Sustanciador dispuso continuar el trámite del asunto. Así mismo, se recibió el concepto de rigor del Procurador General de la Nación.

Este asunto fue inicialmente repartido al Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. Sin embargo, la ponencia presentada no fue aprobada por la mayoría de la Sala Plena por lo que se designó como nuevo ponente a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández. En atención a lo anterior, en esta decisión se acoge en buena medida los antecedentes del proyecto de sentencia originalmente presentado<sup>1</sup>.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, tal cual lo reseña el accionante:

“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”.

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

Artículo 160. 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 párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.

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. LA DEMANDA.

Fundamenta su acusación en las razones que a continuación se consignan. En primer lugar, el demandante hace una extensa exposición sobre las razones por las cuales, a pesar que la constitucionalidad de las disposiciones demandadas había sido examinada en sentencias precedentes de esta Corporación, no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada constitucional por lo cual solicita que esta Corporación se pronuncie previamente sobre esta pretensión. Con este propósito inicialmente menciona algunas de las modalidades de esta figura juzgada para luego pasar a argumentar las razones por las cuales los fallos anteriores de esta Corporación, especialmente la sentencia C-038 de 2004, no constituyen cosa juzgada absoluta sobre los preceptos acusados.

Expone que “la principal razón estriba a la hora de dictar las sentencias de constitucionalidad proferidas...en relación con estas disposiciones legales, la última de ellas es la sentencia C-038 de 2004, no era posible controlar de forma integral y fundamentada la constitucionalidad de las medidas establecidas por las normas impugnadas. Para la época en que tuvieron lugar los juicios de constitucionalidad que llevaron a esas sentencia, aún era prematuro, desde el punto de vista de las ciencias económicas, efectuar una evaluación de los efectos nocivos de la citada Ley 789, en relación con los derechos fundamentales, así como la falta de idoneidad de las medidas allí adoptadas para alcanzar los objetivos

propuestos”.

Respecto a esta última decisión afirma el demandante que si bien los cargos examinados en aquella ocasión guardan similitud con los propuestos en su libelo acusatorio, en todo caso hay un elemento diferenciador de gran relevancia el cual consiste en que aquella oportunidad se examinaron los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 489 de 2002 ex ante, es decir, poco tiempo después de que entraran en vigor y sin que se supiera con certeza cuales serían sus efectos sobre la generación de empleo, ni sobre los derechos fundamentales implicados, mientras que la actual demanda solicita un examen ex post, en otras palabras, pasado un tiempo prudencial desde su entrada en vigencia y cuando existe plena certeza sobre el daño producido a los derechos fundamentales de los trabajadores y datos ciertos - siempre según el demandante-, sobre sus reales efectos sobre la generación de empleo. Sostiene que es particularmente aconsejable un posterior examen de disposiciones que han sido sometidas a un juicio de proporcionalidad, metodología empleada en la sentencia C-038 de 2004, pues, con el paso del tiempo es posible apreciar si éstas resultaron adecuadas y eficaces para la consecución de los fines que perseguían, en otras palabras, con un estudio ulterior es posible evaluar con mas certeza su idoneidad.

Afirma que cabe distinguir entonces, entre medidas de ejecución instantánea las cuales deben ser examinadas ex ante- que agotan sus efectos inmediatamente y las medidas que tienen efectos temporales prolongados, las cuales pueden ser sometidas a exámenes ex post, naturaleza que a su juicio tiene las disposiciones acusadas. Asevera igualmente que la evaluación de premisas fácticas ha sido relevante en fallos previos de constitucionalidad y cita algunas decisiones de esta Corporación a manera de ejemplo. Hace notar que el texto mismo de la Ley 789 de 2002, prevé su posterior examen, pues, su artículo 46 señala que transcurridos dos años a partir de su entrada en vigencia la Comisión de Seguimiento y Verificación debe evaluar los resultados del cambio legislativo, con el propósito de modificar o derogar aquellas disposiciones que no produjeron efectos prácticos sobre la generación de empleo.

Agrega que tampoco existe cosa juzgada respecto de la decisión anterior porque en esta oportunidad propone un parámetro de control de constitucionalidad más amplio, el cual incluye los Principios de Limburgo y Maastricht y las Observaciones Generales del Comité Económico y Social de la ONU, los cuales considera que deben ser entendidos como parte integrante del bloque de constitucionalidad lato sensu, por ser criterios relevantes para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, señala el actor que “en la presente demanda se invoca la violación de un parámetro de constitucionalidad o un bloque de constitucionalidad lato sensu que incluye criterios no tenidos en cuenta por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 como normas vinculantes en el ordenamiento colombiano, sino como meras referencias dogmáticas. En la presente demanda se pretende que la Corte Constitucional lleve a cabo un estudio completo de constitucionalidad de las disposiciones legales demandadas en relación con todos los criterios interpretativos y todos los contenidos normativos del PIDESC”. Agrega que aunque en la sentencia C-038 de 2004, se expuso que dichos principios de Limburgo y Maastricht sólo tienen valor doctrinal, esta es la oportunidad para que la Corte decida que dichos criterios sí tienen fuerza vinculante.

Por las anteriores razones, concluye que los cargos propuestos en la presente demanda son distintos a los examinados en la sentencia C-038 de 2004, pues, por una parte, el parámetro de comparación propuesto en esta nueva oportunidad es más amplio y, en segundo lugar, las evidencias fácticas demuestran que las medidas adoptadas fueron ineficaces para generar empleo. En esa medida propone el siguiente problema jurídico para el examen de esta Corporación: ¿Hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y resto del ordenamiento jurídico, por medio de medidas legislativas que tenían la finalidad de promover el empleo de quienes carecen de trabajo, pero que han demostrado, conforme con evidencias fácticas, carecer de idoneidad para este fin?

Pasa luego a hacer una extensa exposición sobre el concepto del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, para finalmente detallar los preceptos que considera lo integran en el caso concreto, de los cuales ya se hizo mención al inicio de este acápite. Explica los motivos por los cuales considera que las observaciones generales del Comité Económico y Social de la ONU deben ser consideradas como integrantes del bloque, por ser interpretaciones del órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, por lo tanto, constitutivas de un criterio interpretativo concurrente con el texto del tratado según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese orden de ideas, propone que deben ser considerados como parte del bloque de constitucionalidad los Principios de Limburgo y los Principios de Maastricht, por las siguientes razones: (i) son empleados por el Comité Económico, Social y Cultural en sus pronunciamientos para precisar el alcance del Pacto, (ii) son instrumentos internacionales relevantes para la interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales por haber sido redactados por expertos conocedores de la materia, y (iii) gozan de relevancia jurídica.

A continuación, explica en detalle las supuestas vulneraciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en que incurre la normatividad demandada. Aborda inicialmente las infracciones al artículo 2.1 del mencionado Convenio, con este propósito delimita las obligaciones estatales contenidas en este precepto entre las que menciona la obligación de progresividad y correlativa prohibición de regresividad, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y la obligación de adoptar medidas inmediatas. Considera que en virtud del citado precepto las medidas de naturaleza regresiva adoptadas por un Estado son admisibles si son proporcionales y si además implican un avance en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y si es necesario acudir a ellas para proteger los demás derechos del Pacto, bajo el supuesto de haber agotado los demás recursos disponibles; lo que a juicio del demandante agrava las exigencias de la carga argumentativa estatal cuando se adoptan medidas de este tipo y exige que sean evaluadas mediante un juicio de proporcionalidad especial.

Somete luego las disposiciones acusadas de la Ley 789 de 2002 al anterior test y concluye que son inconstitucionales porque: (i) no consiguen superar el juicio de proporcionalidad por no ser idóneas para el propósito supuestamente perseguido por la reforma legislativa, esto es la generación de empleo, como se demostró en el estudio elaborado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia; (ii) tampoco son necesarias, pues, el legislador contaba con otras posibilidades para la estimulación del

empleo; y (iii) no son proporcionales en sentido estricto debido a que afectan excesivamente los derechos de los trabajadores en contraposición con los pocos resultados en la generación de empleo. Somete a un juicio de proporcionalidad parecido a los artículos 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, el cual arroja resultados similares.

Concluye así que al tratarse de una limitación desproporcionada de los derechos de los trabajadores y una desmejora injustificada e irrazonable de sus condiciones laborales por la regresividad de las medidas legislativas, dichas disposiciones demandadas redundan en una vulneración de los artículos 2.1, 4, 5.1, 6.1, 6.2 7 lit. d. y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que de los artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Argumenta que los preceptos acusados vulneran el principio del Estado social de derecho, la dignidad humana y el trabajo (Preámbulo y artículo 1 de la C. P.), los fines esenciales de promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes (art. 2), la supremacía constitucional (art. 4), el derecho al trabajo (art. 25), los principios mínimos del Estatuto de los Trabajadores (art. 53), y el derecho a la derogación de normas regresivas y adopción de normas progresivas en materia de derechos sociales, derecho innominado que a juicio del actor se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por último, solicita a esta Corporación la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de legislación laboral y que se exhorte al Congreso a que expida una regulación con un contenido mínimo que el actor señala en su demanda.

#### IV. Intervenciones OFICIALES Y CIUDADANAS.

##### 1. Intervención del Ministerio de la Protección Social.

En un escrito inicial el representante del Ministerio de la Protección Social afirma que respecto de las disposiciones acusadas se configura el fenómeno de cosa juzgada constitucional, pues fueron examinadas por cargos similares a los formulados por el demandante en la sentencia C-038 de 2004, por tal razón solicita a esta Corporación se esté a lo resuelto en la decisión precedente.

Posteriormente, fue remitido un nuevo memorial en el cual se exponen consideraciones adicionales para defender la exequibilidad de las disposiciones examinadas. En primer lugar, manifiesta el interviniente que los efectos de la Ley 789 de 2002, no pueden ser analizados de manera fragmentada, destaca luego que la tasa de desempleo “viene en franca reducción desde enero de 2003”<sup>2</sup>, y sostiene que si la Corte Constitucional decide emprender un nuevo examen de las disposiciones acusadas debe tomar en consideración los efectos que la declaratoria de inexecutable de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, tendrían para la competitividad y la inserción de la economía colombiana en el contexto mundial y para la “consistencia macroinstitucional del país”<sup>3</sup>.

Pasa luego a defender la constitucionalidad de los preceptos demandados, en primer lugar,

afirma que la flexibilización de la jornada laboral respeta los lineamientos del Convenio 1 de 1919 de la OIT sobre las horas de trabajo. Afirma que la Ley 789 de 2002 permitió “moderar los recargos, pero sin eliminarlos, para mejorar la competitividad por costos del país frente al mundo y así elevar el número de oportunidades para la inserción laboral de la población colombiana”<sup>4</sup>. Sostiene que la flexibilización de la jornada laboral combinada con la jornada de ocho horas tuvo como efecto que en ciertos trabajos, como por ejemplo los de celaduría, los empleadores implementaran un tercer turno de trabajo, lo cual incide en el bienestar de los trabajadores ya empleados, por una parte –al disminuir el número de horas trabajadas y contar con más tiempo para la recreación y el descanso-, y aumenta el número de trabajadores empleados, por otra parte.

Afirma que el estudio elaborado por la Universidad Nacional “se limitó a cuantificar los ingresos no percibidos por efecto de la reforma de manera estática, pero no consideró un modelo dinámico que optimice los costos de nómina del empleador sujeto a una mayor flexibilidad del horario de trabajo y la protección del trabajador frente a una jornada de trabajo máxima de acuerdo a la ley”<sup>5</sup>. Concluye entonces que “la Ley 789 de 2002 recoge los avances de la Ley 50 de 1990 (...) pone en el centro de la agenda pública la importancia de promover la salud laboral en el marco del trabajo decente, vía la flexibilización de la jornada laboral, que se traduce en menores riesgos de accidentes de trabajo y menor incidencia de enfermedades profesionales en nuestra fuerza laboral”<sup>6</sup>.

Reconoce que el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, supuso una reducción de la indemnización por despido injusto pero afirma que esta reducción resulta compensada con otros beneficios introducidos en la misma ley respecto de los desempleados, tales como el seguro de cesantía y la ampliación de los beneficios de la seguridad social integral. Finalmente, esboza algunas consideraciones sobre la importancia de la Ley 789 de 2002, para la reactivación de la economía colombiana vivida en los últimos años.

## 2. intervención de la Confederación de Trabajadores de Colombia -CTC-.

El Presidente de la CTC solicita a la Corte declarar inexecutable las disposiciones acusadas.

Considera que el accionante demanda por motivos diferentes los preceptos legales que acusa. Han pasado casi cinco años sin que el desempleo en Colombia ceda con lo cual se desvirtúa las finalidades de la reforma resultando pertinente la evaluación de la Ley 789 conforme a las disposiciones constitucionales incluyendo las ahora invocadas. Anota que “los empleos decentes esperados con la reforma, no se han generado pero si se ha multiplicado el número de cooperativas de trabajo asociado intermediarias de mano de obra, los contratos de trabajo de corta duración, las órdenes de prestación de servicios, los contratos sindicales y los contratos de trabajo por duración de la obra o labor con empresas de servicios temporales”. De igual forma, expone que la metodología para medir el desempleo cambia constantemente con el objetivo de presentar mejores indicadores, el valor de los salarios e indemnizaciones que perdieron los trabajadores fueron a parar a manos de los empleadores y la situación de millones de personas que están en la informalidad o empleos precarios resulta crítica.

Asevera que las disposiciones acusadas vulneran el trabajo, no garantizan la especial protección que el Estado debe otorgar al trabajo y desconoce los fines esenciales del Estado

toda vez que despojan a los trabajadores vinculados con contrato de trabajo antes y después de la Ley 789, de parte de su salario y disminuyen las indemnizaciones para facilitar el despido de los trabajadores. Se desconoce la intangibilidad de los contratos y los principios de la buena fe y la confianza legítima. Agrega que “los derechos reconocidos a los trabajadores en el artículo 53 son principios, mínimos y fundamentales que suponen la progresividad del derecho laboral, es decir, que en un Estado social de derecho como el colombiano, para garantizar el orden político, económico y social justo como lo establece el Preámbulo de la Constitución, ninguna norma puede desmejorar las condiciones ni las conquistas logradas por los trabajadores”.

### 3. Intervención de la Universidad Nacional.

El Decano de la Facultad de Ciencias Económicas expresa que ya se pronunció sobre la inconveniencia económica que la Ley 789 de 2002, significó para los trabajadores colombianos, según consta en el estudio titulado “Evaluación de la Reforma Laboral (Ley 789 de 2002), elaborado por el Centro de Investigaciones para el desarrollo a solicitud de la Central Única de Trabajadores.

### 4. Intervención del representante del Departamento Nacional de Planeación.

El representante del Departamento Nacional de Planeación también solicitó la declaratoria de cosa juzgada constitucional. Además, solicita que la Corte se declare inhibida respecto a los cargos propuestos por violación de los artículos 3, 4, 39 y 94 de la Constitución; 2.1 y 11.1 del PIDESC, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Añade que aun si se aceptan, en gracia de discusión, los argumentos del demandante para realizar un nuevo examen de las disposiciones acusadas, el estudio en el cual basa el demandante sus acusaciones no tiene un valor probatorio definitivo y adicionalmente el actor no realiza un examen objetivo de los datos en él consignados “limitándose a afirmar un aumento en las tasas de desempleo sin más-, puesto...existen otros análisis que se oponen a los resultados del estudio adjuntado a la demanda”<sup>7</sup>. Menciona la existencia de otros estudios según los cuales la Ley 789 de 2002 “que transformó el mercado de trabajo, ha contribuido a mejorar las interacciones dentro de este mercado y de este con la economía en su conjunto, ha estimulado positivamente la disminución de la tasa de desempleo del país, y ha incentivado el aumento del número de ocupados desde su implantación”<sup>8</sup>.

Sostiene que se trata de una política de mediano y largo plazo, cuyos efectos no se pueden apreciar en un estudio de corto plazo como fue el que sirvió de soporte a la demanda. Y añade que debido al cambio de la metodología empleada por el DANE para la medición de las variables laborales en el país en la actualidad no existen las condiciones para elaborar un estudio sobre la evolución del desempleo “puesto que las modificaciones del número de ocupados del país después de septiembre de 2006 los hacen no comparables con los del período anterior, es decir, no es posible determinar si efectivamente ocurrieron cambios estadísticamente significativos”<sup>9</sup>.

El mismo interviniente refuta algunas de las conclusiones de los resultados de la investigación adelantada por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la

Universidad Nacional que sirvió de fundamento a la demanda, pues, alega que por una parte este trabajo no atiende la reducción de la tasa de desempleo que ha tenido lugar desde el año 1999 hasta el año 2006 y, por otra parte, considera que se sustenta en fuentes de información con grandes problemas de comparación. Luego cita diversos estudios, los cuales anexa a su escrito de intervención, según los cuales la Ley 789 de 2002 ha tenido efectos positivos en la generación de empleo.

Arguye por último que la demanda es inepta en cuanto a la supuesta vulneración de los Principios de Limburgo y Maastricht, instrumentos internacionales que según el interviniente sólo tienen valor doctrinal, motivo por el cual, a su juicio, el demandante incumplió con el deber de formular reales cargos de inconstitucionalidad. Ello también se hace predicar respecto a los artículos 2.1 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto el análisis de constitucionalidad estuvo atado al alcance de principios que no constituyen una normatividad relevante sino un criterio auxiliar como lo es la doctrina internacional.

Acompaña como anexos: i) Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo. Hugo López, Remberto Rhenals y Elkin Castaño. Cuadernos de protección social, No. 1, noviembre de 2005, Ministerio de la Protección Social; ii) The political economy of labor reform in Colombia. Juna Carlos Echeverri y Mauricio Santamaría. Documento CEDE 2004-22. Abril de 2004, Universidad de los Andes; iii) Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia. Jairo Nuñez. Documento CEDE 2005-45. Universidad de los Andes; iv) Los efectos de la reforma laboral de 2002, en el mercado laboral colombiano. Amarante, Arim y Santamaría. Perfil de coyuntura económica, No. 6, diciembre de 2005. Universidad de Antioquia; y v) La reforma laboral de 2002: ¿funcionó o no? Alejandro Gaviria. Coyuntura económica volumen XXXV, No. 1, primer semestre de 2005.

#### 5. Intervención del representante de la Asociación Nacional de Empresarios -ANDI-.

Afirma el representante de la ANDI que respecto de las disposiciones acusadas se ha configurado cosa juzgada constitucional y, por ende, solicita a la Corte Constitucional que se esté a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, toda vez que se pretende reabrir la discusión sobre los mismos puntos que fueron objeto de estudio en dicha decisión. Aduce además que el análisis de constitucionalidad ex post que plantea el demandante es improcedente, pues, a esta Corporación le compete hacer un control abstracto de las disposiciones y no pronunciarse sobre su desarrollo o aplicación. Agrega que los investigadores de la Universidad Nacional hacen referencia a cuatro estudios previos publicados entre 2004 y 2005, en cuanto al impacto de la reforma laboral, dos de los cuales muestran unos efectos positivos y los otros dos negativos, por lo que ante la diversidad de estudios existentes mal puede atribuirse a uno de ellos un carácter concluyente.

#### 6. Intervención de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia.

El Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Externado expone que comparte el criterio general del doctor Eduardo Montealegre Lynett, ponente de la sentencia C-038 de 2004, en cuanto “las decisiones de la Corte no pueden limitarse al análisis formal de las

normas impugnadas. También deben considerar su impacto sobre las siempre cambiantes condiciones económicas y sociales y su efecto real sobre los bienes constitucionalmente protegidos”<sup>10</sup>. De otra parte, encuentra importantes coincidencias entre los argumentos del actor de la presente demanda y los que en su momento considero la Corte en la sentencia referida, precisando que puede haber un cambio significativo en el contexto fáctico, particularmente de las consecuencias laborales y económicas de la Ley 789.

Pasa luego a hacer un recuento de los principales temas abordados en la sentencia C-038 de 2004, análisis que considera necesario para el examen de los cargos de constitucionalidad planteados por el actor en la demanda objeto de estudio. Concluye que al problema jurídico planteado en esa decisión -el interrogante sobre la legitimidad del recorte de los beneficios laborales con la finalidad de aumentar el empleo-, pueden darse tres respuestas desde la economía las cuales se resumen a continuación. Según la primera -la cual denomina el interviniente perspectiva macroeconómica- la flexibilización de la legislación laboral tiene efectos positivos sobre el mercado laboral por ser este marcadamente competitivo; según la segunda perspectiva -perspectiva microeconómica- el desempleo tiene causas diferentes a la rigidez reguladora, por lo tanto la flexibilización normativa no tiene los efectos deseados sobre este fenómeno; finalmente, plantea que hay una tercera postura según la cual el desempleo se explica por la falta de correspondencia cualitativa entre las características de la oferta de servicios laborales y las que busca el mercado.

Rechaza el interviniente la inclusión de los Principios de Limburgo y de Maastricht en el bloque de constitucionalidad propuesta por el actor, por considerar que tales instrumentos tiene un valor meramente doctrinal. Considera, por otra parte, que no puede presumirse la inconstitucionalidad de toda medida regresiva en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues, se deben considerar las condiciones económicas y sociales del país antes de adoptar una decisión al respecto, no obstante afirma que medidas de tal naturaleza deben ser sometidas a escrutinios de constitucionalidad estrictos. Examina a continuación los efectos de la Ley 789 de 2002, en materia de empleo e inicialmente pone de manifiesto la dificultad de medir los impactos reales de la reforma legislativa en el mercado laboral, aunque en todo caso considera que las previsiones iniciales del Gobierno fueron optimistas en exceso, para sustentar su punto de partida -las dificultades del análisis práctico-, retoma las tres perspectivas sobre el debate económico entre regulación y empleo.

Afirma que desde la perspectiva macroeconómica no es “manifiestamente irrazonable” afirmar que el incremento del valor de la mano de obra disminuya su demanda y que la regulación estatal en el mercado laboral en ese sentido puede desincentivar la creación de empleo, en esa medida la reforma laboral por abaratar la mano de obra podría tener efectos contrarios, es decir, estimular la demanda. Sin embargo, añade que las particularidades del mercado laboral colombiano (frecuencia del trabajo temporal, existencia de un extenso sector informal) habrían reducido los efectos buscados por la reforma. Desde el punto de vista macroeconómico recuerda que desde la expedición de la Ley 789 de 2002 “la economía y la demanda agregada han tenido una expansión vigorosa, lo cual tiene un efecto positivo sobre la demanda por trabajo que es independiente del impacto microeconómico de la citada reforma laboral. Desentrañar el uno del otro es una de las dificultades más severas de cualquier estudio sobre la efectividad de la reforma”<sup>11</sup>.

Por último, expone la tesis que el mercado del trabajo colombiano no es unitario sino fragmentado y que por ende existen múltiples mercados de trabajo diferenciados, razón por la cual el desempleo puede obedecer tanto al hecho de que la oferta no tiene las cualidades exigidas por la demanda como a que las expectativas de algunos oferentes no corresponden a la naturaleza de la demanda.

De su exposición concluye que si bien es difícil medir los efectos de la Ley 789 de 2002, sobre la generación de empleo, si es posible deducir que algunos grupos de trabajadores se vieron especialmente afectados por la reforma laboral, es decir, terminaron asumiendo de manera desproporcionada los costos de la nueva legislación laboral. De cualquier manera considera que para determinar la legitimidad de la reforma no sólo debe ser considerado el aumento en la cantidad de empleos sino también en la calidad de los nuevos puestos de trabajo, no obstante, considera que los efectos prácticos de la legislación laboral deben ser tenidos en cuenta, pues, por ejemplo una legislación con una finalidad protectora puede conducir a una informatización del mercado laboral y una excesiva rigidez de la legislación puede impedir la adaptación a ciclos recesivos.

Finalmente, formula sus apreciaciones sobre las distintas disposiciones acusadas. Respecto de los artículos 25 y 26 sostiene que tiene el efecto de reducir la remuneración de las horas laboradas en jornada nocturna y en domingos y festivos, lo cual afecta principalmente a los trabajadores del sector de la vigilancia y los trabajadores del comercio, sectores en los cuales caben dudas que una disminución de la remuneración estimule la creación de nuevos empleos, además de tratarse de personas de bajos ingresos, por lo tanto caben dudas sobre la proporcionalidad de la carga impuesta a estos trabajadores.

Respecto del artículo 28, el interviniente discrepa de las razones expuestas por el actor y considera que cualquier pronunciamiento sobre la norma puede tener efectos nocivos sobre el mercado laboral, pues, aumentar los montos que debe pagar el empleador en caso de despido sin justa causa podría conducir a que fueran desvinculados los empleados con cierta antigüedad precisamente para evitar el pago de una indemnización mayor. Finalmente, considera que la jornada laboral flexible, contemplada en el artículo 51, no contraviene preceptos constitucionales. Termina su escrito manifestando las razones por las cuales se opone a la solicitud del demandante de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional en materia de legislación laboral.

#### 7. Intervención de la Federación Nacional de Comerciantes -FENALCO-.

Al igual que otros intervinientes el representante de FENALCO considera que en la sentencia C-038 de 2004 fueron examinadas las disposiciones demandadas por cargos similares a los ahora planteados, por tal razón afirma que existe cosa juzgada constitucional y solicita a esta Corporación estarse a lo resuelto en la decisión previa. Asevera además que no es procedente el estudio de constitucionalidad ex post sugerido por el actor debido a que la Ley 789 de 2002 “fue expedida basada en un cuidadoso estudio del mercado laboral colombiano y además para su expedición se tuvieron en cuenta otras medidas para estimular la empleabilidad”<sup>12</sup>.

#### 8. Intervención de ASOCOLFLORES.

El representante legal de la Asociación Colombiana de Exportadores de Flores - ASOCOLFLORES- intervino de manera extemporánea en defensa de la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En primer lugar, sostiene el interviniente que se presenta el fenómeno de cosa juzgada porque los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, fueron examinados por cargos idénticos a los formulados por el actor en el presente proceso y declarados exequibles. Sostiene también que la Comisión prevista en los artículos 45 y 46 de la Ley 789 de 2002, cuya función era evaluar al cabo de dos años de su entrada en vigencia el cumplimiento de los objetivos en materia de creación de empleos, elaboró en el año 2005 su informe final, en el cual luego de concluir que la reforma laboral tuvo efectos positivos en la generación de empleo recomienda al Congreso de la República mantener vigente la Ley 789 de 2002.

#### V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4398, radicado el 12 de octubre de 2007, solicita que se declare la inexequibilidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Inicia su escrito el Ministerio Público con un recuento de la demanda, para a continuación abordar la cuestión relacionada con la procedencia de un nuevo examen de constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Sobre este tópico, luego de examinar la figura del bloque de constitucionalidad, se aparta de la postura defendida por el actor, en el sentido que los cargos presentados en esta ocasión son distintos a los examinados en la sentencia C-038 de 2004, porque suponen un parámetro de control más amplio, al incluir los Principios de Limburgo y de Maastricht como parte integrante del bloque de constitucionalidad supuestamente vulnerado por las disposiciones censuradas. Asevera la Vista Fiscal que “en virtud de la Jurisprudencia Constitucional, no existe un nuevo contexto de valoración normativa, toda vez que los principios de Limburgo y Maastricht, no forman parte del bloque de constitucionalidad, y mantienen el valor doctrinal que tenían al momento en que se profirió el fallo referido”<sup>13</sup>.

Acto seguido pasa a examinar el segundo argumento propuesto por el demandante para justificar un nuevo examen de constitucionalidad de las disposiciones acusadas, para lo cual inicialmente examina los diversos estudios realizados hasta la fecha sobre la evolución del empleo a partir de la entrada en vigor de la normatividad acusada. Encuentra el Ministerio Público que la Ley 789 de 2002, responde a ciertas características especiales, pues, por su “propio contenido” está llamada a tener “una permanencia transitoria o inestable” sujeta a “revisiones periódicas para evaluar sus resultados, en relación con el objetivo de la ley”. Razón por la cual concluye que “no hay lugar a eludir el debate constitucional con el mero argumento de la cosa juzgada, toda vez que fue el propio Congreso el que previó en la misma ley, que periódicamente se realizaran estudios, informes y evaluaciones referidas a la disminución de la tasa de desempleo como consecuencia de la generación de empleo prevista en la ley con base en las medidas adoptadas a partir de su vigencia, con el fin que transcurridos dos años fuesen modificadas o derogadas aquellas disposiciones que no hubieren logrado efectos prácticos para la generación de empleo”.

Por lo tanto considera que si no se cumplen los resultados previstos con la expedición de la

Ley, algunas de las disposiciones contenidas en ella, pueden devenir en inconstitucionales “si su aplicación desconoce los principios y valores sobre los que se edifica el Estado de Derecho o vulnera derechos fundamentales, como son: la dignidad humana (preámbulo, artículo 1° de la C. P.) el derecho al trabajo (Artículo 25 de la C.Po.), y los derechos mínimos de los trabajadores (Artículo 53 de la C. Po. ), entre otros”. Sostiene el Ministerio Público que la Comisión de Seguimiento y Verificación prevista por la Ley 789 de 2002, para realizar dicho examen periódico ya fue disuelta, en esa medida considera que tal labor debe ser emprendida por el juez constitucional, quien deberá expulsar las disposiciones contrarias al ordenamiento pues lo contrario sería perpetuar un “estado de cosas inconstitucional”.

Continúa el Procurador afirmando que se han presentado cambios significativos dentro del contexto cognoscitivo, los cuales “aportan nuevos elementos de análisis para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado y de la realidad económico social de los trabajadores”, de manera que está justificado un nuevo estudio por parte de la Corte Constitucional de las normas acusadas y de sus efectos potencialmente negativos para los derechos de los trabajadores.

Como premisa inicial del nuevo examen, considera necesario la Vista Fiscal determinar si las disposiciones acusadas tiene un carácter regresivo, para lo cual emprende un estudio de la filosofía y los objetivos generales de la reforma laboral implementada mediante la Ley 789 de 2002, e igualmente de las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004, de los cuales concluye que los artículo 25, 26, 28 y 51 significaron un retroceso en la condiciones laborales de los trabajadores, el cual fue justificado en su momento en la finalidad constitucionalmente legítima de favorecer la generación de empleo. No obstante, encuentra el Procurador que las medidas introducidas por la nueva ley no fueron idóneas para lograr dicho objetivo y en consecuencia solicita su declaratoria de inexecutable. Sostiene textualmente:

“Esta Vista Fiscal considera que las disposiciones parcialmente acusadas, que desde un principio implicaron un retroceso en la protección del derecho al trabajo, deben ser declaradas inconstitucionales, toda vez que está probado que transcurrido el tiempo previsto por el propio legislador en el artículo 45 de la Ley 789 de 2002, hoy en día consagran regulaciones menos favorables a los trabajadores que las que fueron subrogadas sin lograr el objetivo propuesto con la expedición de las mismas y desconocen el preámbulo y los artículos 1°, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución Política y los tratados ratificados por Colombia que conforman el bloque de constitucionalidad, en especial en los Convenios de la OIT14, 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 conformidad con las conclusiones extraídas del contexto cognoscitivo allegado a la presente causa se concluye que las normas parcialmente acusadas, que tenían en principio como finalidad promover el empleo y el crecimiento económico, resultaron inadecuadas porque no lograron incentivar la creación de puestos de trabajo como preveía, constituyéndose, entonces, en normas que van en detrimento de los derechos mínimos

fundamentales de quienes se encuentran empleados, pues en lugar de permitir la mejora de los trabajadores y la reducción del desempleo, su calidad de vida se disminuyó mediante la reducción y el desconocimiento de mínimos, que venían siendo reconocidos por las normas anteriores que fueron derogadas por las ahora examinadas, tales como: i) la supresión de las horas extras, ii) el recargo nocturno, y iii) el pago triple de los dominicales y festivos (iv) y las indemnizaciones por despidos sin justa causa. Recortes éstos que generan un detrimento de la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias, toda vez que las retribuciones que venían obteniendo los trabajadores por tales conceptos constituyen salario según el artículo 127 del Código sustantivo del trabajo”.

De conformidad con lo anterior el Procurador solicita a esta Corporación declarar que tanto los contratos laborales existentes, como los nuevos deberán regirse por la normatividad derogada, la cual debe recobrar su vigencia, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2004.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto toda vez que los preceptos legales acusados hacen parte de una Ley de la República (artículo 241-4 de la Constitución).

### 2. Planteamientos de la demanda sobre el análisis previo de la cosa juzgada constitucional.

Como “pretensión previa” el accionante solicita a la Corte Constitucional que al pronunciarse sobre los artículos 25, 26, 28 y 51 (en lo acusado) de la Ley 789 de 2002, se declare que no se ha configurado la cosa juzgada constitucional toda vez que aunque esta Corporación profirió la sentencia C-038 de 2004, los cargos que actualmente se exponen son distintos porque:

(i) exhiben un parámetro de constitucionalidad más amplio al comprender principalmente los criterios interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidos en las Observaciones Generales del Comité Económico y Social de la ONU y los Principios de Limburgo y Maastricht que considera hacen parte del bloque de constitucionalidad lato sensu. Arguye que aunque la Corte sostuvo en la sentencia C-038 de 2004, que los Principios de Limburgo y Maastricht sólo tenían valor doctrinal, esta es la oportunidad para que establezca que dichos criterios sí tienen fuerza vinculante. Y,

(ii) al proferir el fallo mencionado le resultaba imposible a la Corte en ese momento -juicio ex ante-, hacer una valoración completa de los efectos reales de dichas disposiciones legales sobre la generación de empleo, mientras que con el examen ex post que hoy se propone las evidencias fácticas demuestran que no son idóneas al no haber tenido efectos significativos en la generación de empleo, tampoco son necesarias dada la existencia de medios alternativos más benignos con los derechos de los trabajadores y menos resultan proporcionadas en sentido estricto al afectar excesivamente los derechos de los trabajadores en contraposición con los resultados obtenidos. Fundamenta sus apreciaciones exclusivamente en la “Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)”, realizado por el

Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia.

Considera vulnerados el Preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 25, 53, 93 y 94 de la Constitución; Declaración Universal de los Derechos Humanos; y artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad estricto sensu y los artículos 2.1, 4, 5, 6.1, 6.2, 7 lit. d. y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los criterios interpretativos del PIDESC como normatividad componente del bloque de constitucionalidad lato sensu-, señalando como punto central de su argumentación el que los preceptos legales acusados implicaron medidas regresivas no justificadas que restringen desproporcionadamente los derechos de los trabajadores al no tener efectos positivos significativos para la generación de empleo.

Por su parte, la mayoría de los intervinientes solicitaron a la Corte declarar la existencia de la cosa juzgada constitucional por cuanto en esta ocasión se demanda nuevamente las mismas normas legales bajo iguales argumentos a los examinados en la sentencia C-038 de 2004. Exponen que la Corte ya refirió a los Principios de Limburgo y Maastricht como una doctrina internacional que no tiene el alcance de hacer parte integrante del bloque de constitucionalidad. No puede propiciarse un nuevo análisis de constitucionalidad por el simple transcurso del tiempo y la generación de efectos diferenciados no justifica apartarse de la cosa juzgada constitucional en aras de garantizar la certeza jurídica. Recuerdan que el examen de la Corte se efectuó sobre la base de unas medidas legislativas con efectos económicos y sociales. Consideran que el estudio aportado no tiene la contundencia para fundamentar las conclusiones que se extraen máxime cuando existen otros que se oponen a dicho resultado. Afirman que al mismo Congreso se le encargó la función de revisar y eventualmente modificar o corregir el instrumento legal a través de la Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo que expidió un documento titulado "Evaluación integral de la política general de empleo y los principales componentes de la reforma laboral. Periodo 2003-2004", que se soportó en varios estudios como: "La reforma laboral de 2002: ¿funciono o no?", "Éxitos y Fracasos de la Reforma Laboral" de Jairo Núñez Méndez de la Universidad de los Andes, "Los efectos de la Reforma Laboral de 2002 en el Mercado Laboral Colombiano" de Verónica Amarante y Rodrigo Arim, e "Impacto de la Reforma Laboral sobre la Generación y la Calidad del Empleo" de Hugo López Castaño, Remberto Rhenals Monterrosa y Elkin Castaño Vélez. Dicho primer informe concluyó que el mercado laboral ha registrado resultados favorables que han llevado a una disminución de las tasas de desempleo.

Para el Procurador General de la Nación la Corte hasta la fecha no ha declarado que hagan parte del bloque de constitucionalidad los Principios de Limburgo y Maastricht, pues, contrario a lo sostenido por el accionante, la misma sentencia C-038 de 2004, sostuvo que tales principios sólo tienen un valor doctrinal por lo que no se está ante un nuevo contexto de valoración normativa. Sin embargo, considera que no se ha configurado la cosa juzgada constitucional toda vez que "se presentan cambios significativos dentro del contexto cognoscitivo, que aportan nuevos elementos de análisis para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado y de la realidad económico social de los trabajadores".

Conforme a lo anterior, la Corte debe primero verificar si se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto a las normas acusadas. Sólo en el evento que la respuesta fuere negativa se procederá a examinar de fondo dichos preceptos demandados previa formulación del problema jurídico a resolver.

3. La configuración de la cosa juzgada formal relativa. Improcedencia de un nuevo examen de constitucionalidad en el caso sub-examine.

Para la Corte no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que es propia de un juicio político mas no jurídico.

En la sentencia C-038 de 200415, la Corte abordó el examen de constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 789 de 2002, dentro de las cuales se encuentran específicamente los artículos 2516, 2617, 2818 y 5119, que ahora nuevamente se demandan. De esta manera, es claro que los preceptos legales acusados son los mismos a los examinados en la mencionada decisión.

En cuanto a los cargos de inconstitucionalidad examinados en la citada sentencia C-038 de 2004, la Corte los refirió y planteó bajo el siguiente problema jurídico:

“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”.

En desarrollo del anterior problema jurídico la Corte aludió particularmente a i) los derechos adquiridos, meras expectativas y posibilidad de nuevas regulaciones menos favorables al trabajador, ii) los otros límites constitucionales en cuanto a 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, iii) la posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad, iv) la legitimidad del propósito constitucional de las medidas y la discusión sobre su adecuación, v) la justificación de la adecuación y necesidad de las medidas, y vi) la proporcionalidad en estricto sentido de las normas acusadas y la posible vulneración de otros mandatos constitucionales.

Cargos de inconstitucionalidad que fueron abordados y despachados en la mencionada sentencia C-038 de 2004, pudiendo extraerse principalmente las siguientes conclusiones:

(i) El que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad por cuanto la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos siempre que respete los derechos adquiridos. La promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores siempre que esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado.

(ii) Frente a la pregunta ¿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 respondió que a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique que i) las medidas no fueron adoptadas inopinadamente sino que se fundamentaron en un estudio cuidadoso, ii) 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) 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.

(iii) Respecto al artículo 25 expone que la ampliación de la jornada diurna es proporcionada y respeta los límites impuestos por la Constitución. Mantiene la protección contra el trabajo nocturno al preservar los recargos nocturnos y amplía el entendimiento de la jornada ordinaria o diurna pero respetando los mínimos constitucionales sobre qué es trabajo nocturno. Si bien amplió la noción de jornada diurna, con lo cual disminuyó los recargos, lo hizo dentro de los límites constitucionales.

(iv) Sobre los artículos 26 y 51 indica que se encuentran dentro de los límites constitucionales. Respetan los mínimos constitucionales al mantener los límites de las ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas por semana, reconocen la obligación del descanso semanal y establecen los recargos en trabajos por festivos y dominicales. No encuentra que la precisión de qué se entiende por trabajo habitual u ocasional en días dominicales prevista en el parágrafo 2º del artículo 26 sea inconstitucional al representar una definición razonable que hace parte de la libertad del Legislador en dicha materia. Tampoco es de recibo que el

artículo 51 desconozca el derecho al descanso, la recreación y la unidad familiar toda vez que no sólo respeta los límites mínimos impuestos por la Constitución de jornada diaria y semanal sino que se funda en el acuerdo del trabajador lo cual significa que el empleador no podrá imponer unilateralmente esas jornadas flexibles. Ninguna objeción constitucional merece que el parágrafo del artículo 26 autorice que el trabajador convenga con el empleador que su día de descanso obligatorio sea el sábado en lugar del domingo, pues, se asegura el descanso semanal y debe contarse con el consentimiento del trabajador.

(v) La reducción de la indemnización por despido injusto si bien implica un retroceso en la protección de la estabilidad laboral respeta los mínimos constitucionales. En general la Corte ha admitido que la protección de la estabilidad por medio de la imposición de sanciones indemnizatorias por el despido injusto resulta adecuada. Aunque el artículo 28, reduce los montos de la indemnización por despido injusto que 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.

(vi) El Legislador fue consciente de la necesidad de evaluar luego de un tiempo razonable la eficacia real de las medidas adoptadas. Los artículos 45 y 46 de la ley 789 de 2002, establecieron una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo, la cual habrá después de dos años de vigencia de la ley presentar una completa evaluación de los resultados y en ese momento el Gobierno presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo. Aunque esto no implica que la vigencia de las reformas 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.

De esta forma, esta Corporación resolvió en la citada decisión, C-038 de 2004, “Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, ...y 51 de la Ley 789 de 2002”.

La Corte encuentra que se presenta una coincidencia entre los cargos examinados en su oportunidad por la sentencia C-038 de 2004 y los que ahora se proponen en la presente demanda. Ello se aprecia claramente por cuanto se cuestiona esencialmente el que las disposiciones acusadas disminuyen garantías laborales desconociendo conquistas históricas de los trabajadores, lo cual llevó a examinar en la mencionada decisión si las medidas legislativas implicaban un retroceso no justificado en la protección del derecho al trabajo y hasta qué punto era constitucionalmente legítimo la reducción de ciertas garantías laborales para la promoción del empleo de quienes carecen de trabajo. Planteamiento jurídico que vino a ser resuelto bajo un juicio de proporcionalidad en cuanto a si dichas medidas legislativas resultaban adecuadas, necesarias y proporcionadas. También puede apreciarse que esencialmente se está bajo los mismos parámetros de constitucionalidad a los que ahora se formulan en la presente demanda.

En cuanto a la parte resolutive de la sentencia C-038 de 2004 y los efectos que de ella se derivan, debe empezar la Corte por recordar que de conformidad con el artículo 243 de la Constitución, los fallos que dicte la Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito

a cosa juzgada constitucional. Dicha figura constitucional tiene en principio como efecto la imposibilidad de retornar al estudio sobre una disposición legal que ya ha sido objeto de examen constitucional, siendo además de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y particulares. En palabras de la Corte "(e)llo significa que las decisiones judiciales adoptadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo.<sup>20</sup>...Así entendida, la cosa juzgada constitucional, además de salvaguardar la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues, por su intermedio, se obliga al organismo de control constitucional a ser consistente con las decisiones que adopta previamente, impidiendo que casos iguales o semejantes sean estudiados y resueltos por el mismo juez en oportunidad diferente y de manera distinta"<sup>21</sup>.

Dentro de las modalidades de cosa juzgada constitucional a los cuales ha referido esta Corporación, se encuentra la cosa juzgada formal que se presenta cuando una disposición legal que ha sido objeto de sentencia por la Corte nuevamente resulta demandada operando la cosa juzgada constitucional que hace imposible volver a examinar la constitucionalidad de la misma norma examinada<sup>22</sup>. Cosa juzgada formal que resulta de carácter relativa cuando se declara la exequibilidad por los cargos y/o normas superiores que fueron analizados en la decisión, evento en el cual puede demandarse nuevamente las disposiciones legales pero por aspectos distintos a los examinados<sup>23</sup>.

De esta manera, puede extraerse de la parte resolutive de la sentencia C-038 de 2004, que se está frente a una cosa juzgada formal relativa. En esa medida, en cuanto se esté frente a los mismos cargos y disposiciones superiores no es posible en principio volver a examinar las normas legales dado que se ha configurado la cosa juzgada constitucional. Ello acaece en este caso por cuanto si bien es cierto que la decisión de exequibilidad se circunscribió a los cargos examinados, también lo es que dichos cargos coinciden con los que hoy nuevamente se formulan en la demanda.

También afirma el accionante que con la actual demanda se está frente a unos cargos distintos por cuanto ahora se expone un parámetro de constitucionalidad más amplio al vincular los criterios interpretativos contenidos en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y los Principios de Limburgo y Maastricht, que considera integrantes del bloque de constitucionalidad lato sensu, aunque la Corte les hubiere otorgado solamente el valor de doctrina internacional en la sentencia C-038 de 2004<sup>24</sup>.

Así las cosas, el argumento que hoy expone el accionante estuvo comprendido dentro del análisis efectuado por la Corte en la sentencia C-038 de 2004 y, además, por sí sólo resulta exiguo para emprender la Corte un nuevo examen de constitucionalidad sobre un tema decidido y, por tanto, que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. No sobra recordar que para la definición de los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad es menester que la Corte proceda a decidirlo de manera específica -caso por caso-, atendiendo las materias que tratan como otros criterios objetivos y bajo los

presupuestos del artículo 93 superior<sup>28</sup>. Puede así concluirse que si bien la Corte ha denotado la importancia que reviste la doctrina internacional sobre el PIDESC, nunca le ha reconocido expresamente el alcance de hacer parte integrante del bloque de constitucionalidad estricto ni lato sensu. De esta forma, no existe un nuevo contexto de valoración normativa. Menos puede señalarse que se está frente a un cambio del parámetro normativo que justifica un nuevo examen de constitucionalidad.

Otro argumento al cual acude el accionante para justificar un nuevo pronunciamiento de la Corte consiste en considerar que actualmente se presentan nuevas evidencias fácticas<sup>29</sup> que son demostrativas que las medidas legales adoptadas no tuvieron los efectos esperados de generación de empleo<sup>30</sup>, por lo que considera necesaria la procedencia de un examen ex post de proporcionalidad además de que ya se cumplió el plazo de evaluación de los efectos de dichas medidas<sup>31</sup>. Luego de referir a unas decisiones de la Corte que tuvieron fundamento en información empírica<sup>32</sup>, acompaña como soporte de su argumentación el estudio denominado “Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)”, realizado por la Universidad Nacional<sup>33</sup>, concluyendo que: la medida es inadecuada al no tener efectos significativos en la generación de empleo y que las únicas variaciones de los indicadores a favor no tienen nexo de causalidad con la reforma; no es necesaria toda vez que con seguridad otras medidas alternativas de tipo económico más benignas con los derechos de los trabajadores habrían generado mejores resultados; y es desproporcionada por cuanto las ventajas en la obtención del fin propuesto son muy pocas a las innumerables desventajas que las medidas comportan en cuanto al ejercicio del derecho al trabajo. Adicionalmente, solicita constatar el estado de cosas inconstitucional y, por tanto, se exhorte al Legislador a cumplir con el deber de adoptar normas legales -omisión legislativa absoluta- que desarrollen los compromisos internacionales en materia del derecho al trabajo -mandato de progresividad del PIDESC-.

Sobre este punto, debe comenzar la Corte por recordar su jurisprudencia en cuanto que en determinadas ocasiones las consideraciones empíricas toman un papel importante en el control de constitucionalidad abstracto por lo que habrán de tenerse en cuenta al proferir la decisión<sup>34</sup>. Así se expuso en la sentencia C-1489 de 2000<sup>35</sup>, al indicar: “lo anterior no significa que el juicio de constitucionalidad excluya cualquier consideración empírica, pues el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la realidad social en donde toma sus decisiones...Es pues posible que una regulación que en abstracto parece ajustarse a la Carta, pueda tornarse inconstitucional por sus efectos prácticos...Por ello, para que una regulación legal, que en apariencia y en abstracto se ajusta a la Carta, pueda ser declarada inexecutable, debido a consideraciones empíricas, es necesario establecer que las situaciones inconstitucionales derivan de los diseños institucionales y de las regulaciones establecidas en la ley. Por ende, en tales eventos es necesario demostrar que el sistema previsto por la ley puede hipotéticamente funcionar pero que, en la práctica, y por factores que eventualmente los redactores de la ley no previeron adecuadamente, el sistema ha dejado de tener un desarrollo satisfactorio, y esa evolución afecta derechos constitucionales y es por consiguiente contraria a la Carta”. Decisiones que esta Corporación ha proferido a partir de la revisión constitucional de disposiciones legales sobre las cuales no existe sentencia previa alguna<sup>36</sup>.

Así mismo, la Corte ha manifestado que aunque se esté frente a la cosa juzgada

constitucional es posible de manera excepcional que la Corte vuelva a pronunciarse de fondo al encontrar razones de peso que permitan ajustar o cambiar su jurisprudencia constitucional por estar bajo un nuevo contexto de valoración. Así lo sostuvo en la sentencia C-774 de 200137, al indicar: “El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica<sup>38</sup>”.

Ahora bien, de las pruebas aportadas al presente asunto se observa que la Comisión de Seguimiento y Verificación a las Políticas de Generación de Empleo (arts. 4539 y 4640 de la Ley 789 de 2002), expidió en el mes de marzo de 2005, un primer informe presentado al Congreso denominado “Evaluación integral de la Política General de empleo y los principales componentes de la reforma laboral. Periodo 2003-2004”. En dicho informe luego de reconocer la complejidad de disponer de métodos exactos para medir el impacto de algunas medidas de la reforma laboral, se indica que se tuvieron en cuenta varios estudios que emplearon diversas metodologías para concluir que “se recomienda al Congreso de la República mantener vigente la Ley 789 de 2002, que está en armonía con las disposiciones constitucionales y los tratados sobre derechos humanos laborales, más cuando existen unas favorables perspectivas del mercado laboral para el año 2005. Según los datos para el mes de enero, la tasa de desempleo disminuyó casi cuatro puntos porcentuales y hubo un incremento de 419.000 personas ocupadas. Sin embargo, se recomienda al Gobierno Nacional tomar las medidas necesarias para que algunos componentes de la Reforma se optimicen, como los subsidios al empleo y al desempleo, el contrato de aprendizaje y el microcrédito, y monitorear constantemente los resultados de las diversas medidas”<sup>41</sup>. Los estudios que sirvieron de insumo a la Comisión fueron:

- (i) “Éxitos y fracasos de la reforma laboral”, de Jairo Nuñez Méndez, Universidad de los Andes, diciembre de 2004<sup>42</sup>.
- (ii) “Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano”, de Verónica Amarante y Rodrigo Arim, marzo de 2005<sup>43</sup>.
- (iii) “La reforma laboral de 2002: ¿funcionó o no?”, de Alejandro Gaviria U44.
- (iv) “Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo”, de Hugo López

Castaño, Remberto Rhenals Monterrosa y Elkin Castaño Vélez, diciembre de 200445.

(v) Aproximaciones por el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Nacional de Planeación46.

(vi) Encuestas por FENALCO y la ANDI47.

Así mismo, en dicho informe presentado al Congreso se registra como “resultados preliminares sobre la reforma laboral, según diversos estudios y ejercicios”, lo siguiente:

Fuente

Generación de empleo (no PIB)

Sub-empleo

Duración desem-pleo

Duración empleo

Empleo formal

Contra-to aprendi-zaje

Subsi-dios al desem-pleo

Subsidios al empleo

DNP

354.000

...

...

...

...

...

...

MPS

306.000

Dismi-nuye

Baja

Aumentó por definiciones Dane afiliación a reg.

Aumen-tos significa-tivos

Favo-rable

Problemas financieros y

Contra-loría

88.000

...

...

...

Disminuyó

...

...

...

Fede-sarro-llo

220.000

300.000

...

...

...

...

Aumen-tos significa-tivos

...

Gavi-ria 2004; Nuñez, 2004

...

Disminuye

Baja

Disminuye

Aumentó por definiciones Dane y afil. a reg. contrib. en salud y pensiones. destrucción de trabajo formal cae después de reforma

Aumentos significativos

Insuficiente

Problemas de ejecución

CIDE (Hugo López)

260.000 en 13 ciudades

Disminuye

Disminuye

...

Requiere ajustes

...

...

Fenalco

11% empresas con aumento

...

...

...

...

...

...

...

U. Externo

Insuficiente

...

...

...

...

...

Insuficiente

### Problemas financieros y operativos

Por último, el Ministerio de la Protección Social con oficio del 21 de noviembre de 2007, en respuesta a una solicitud de esta Corporación, puso a disposición “la información central y complementaria correspondiente a la evolución de los indicadores de desempleo e informalidad y el informe final de la Comisión de Verificación y Seguimiento de las Políticas de Empleo previstas en la Ley 789 de 2002, la cual inició labores en el 2003 y entregó informe final en marzo de 2005”. Veamos:

“En el marco de esta Comisión de Verificación y Seguimiento, el Gobierno Nacional promovió e hizo seguimiento al desarrollo de diversos estudios que monitorean las medidas implementadas en términos de flexibilización de costos laborales a las condiciones cambiantes de la economía, protección social a los desempleados de estratos socioeconómicos más bajos y con responsabilidad familiar y el rol significativo de las Cajas de Compensación Familiar en el bienestar de colombianos sin vinculación anterior a las Cajas.

El primero de estos estudios fue elaborado por el Ministerio de la Protección Social y fue puesto a consideración de diversos organismos públicos y privados, tales como centros de investigación, universidades, entes de control, ciudadanos y empresas del sector privado. El desarrollo de estos trabajos de supervisión, análisis y seguimiento de la Ley 789 fueron complementados con encuestas administradas entre miembros de la Andi y FENALCO durante el año 2004 y así conocer los efectos de la reforma.

Los resultados de dichas encuestas y estudios se dieron a conocer al público por medio de ruedas de prensa, lo mismo que a través de (2) seminarios realizados en Medellín y Bogotá con el apoyo de instituciones académicas y técnicas. Asimismo, en noviembre del 2004 el Sena y Asocajas participaron en las discusiones de la Comisión (ver ayudas de memoria, documentos y prestaciones anexos).

Finalmente, para responder a esta solicitud de la Honorable Corte, el Ministerio solicitó al DANE la información gráfica de las variables para hacer seguimiento al desempleo entre el periodo 2001 y 2007, la cual se adjunta a esta carta, al igual que un resumen del cambio metodológico de junio de 2006 y sus efectos sobre el comportamiento de las variables. Asimismo, se encuentra a su disposición los indicadores de la expansión de la Protección Social entre los años 2002 y 2007”.

Conforme a lo anterior, puede evidenciarse la existencia de diversos estudios sobre el impacto de la reforma laboral en la generación de empleo que concuerdan en gran proporción en señalar los efectos positivos que ha tenido para la generación de empleo la reforma laboral, por lo que la Comisión de Seguimiento y Verificación a las Políticas de Generación de Empleo recomendó mantener, con sujeción a las observaciones allí descritas, la vigencia de la Ley 789 de 2002.

En esa medida, sin restar la importancia que merece la “Evaluación de la reforma laboral”, realizada por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional, dicho estudio en el cual se soporta el accionante no puede tener por sí solo un carácter concluyente o un valor probatorio definitivo. La realización de otros estudios sobre los efectos actuales y reales de la reforma laboral en materia de generación de empleo llegan a conclusiones diferentes a la expuesta por el actor.

Por consiguiente, puede señalar la Corte que el accionante no demostró irrefutablemente la existencia de un nuevo contexto actual que justificara para que la Corte procediera excepcionalmente a realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre medidas legislativas que ya fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-038 de 2004.

Además, como se expuso en la sentencia C-038 de 2004, el legislador consciente de la necesidad de evaluar luego de un tiempo razonable la eficacia real de las medidas adoptadas instituyó en los artículos 45 y 46 de la Ley 789 de 2002, una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la cual pasado dos años de vigencia de la ley procedió ciertamente a evaluar integralmente la política general de empleo. Así mismo, en dicha decisión se recordó el contenido del párrafo del artículo 46 de la Ley 789 de 2002, en el sentido que si al momento de presentarse la evaluación de los resultados las medidas legislativas no hubieren logrado los efectos prácticos para la generación de empleo “el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue” dichas disposiciones, agregando que “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”.

Se estableció una responsabilidad en cabeza del Gobierno Nacional y del Congreso de la República para el evento en que la reforma laboral no hubiera alcanzado los efectos prácticos para la generación de empleo, lo cual constituye en opinión de la Corte una evaluación que es propia de un juicio político mas no jurídico. En otras palabras, al legislador se le facultó hasta modificar o derogar las medidas legislativas que no hubieren resultado eficaces para la promoción del empleo, previa evaluación y debate al interior de dicha célula congresional.

De esta forma, el actor no logró demostrar la existencia de un contexto diferente o la existencia de nuevas razones significativas que justificara proceder a un nuevo examen de constitucionalidad sobre las medidas legales ya objeto pronunciamiento en la sentencia C-038 de 2004. El simple transcurso del tiempo y la generación de efectos diferenciables dada la diversidad de estudios no justifican por si solos apartarse de la cosa juzgada constitucional en aras de salvaguardar importantes intereses constitucionales como la

seguridad jurídica y la confianza legítima de los administrados.

Por lo anterior, la Corte resolverá que habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso declarar exequible únicamente por los cargos estudiados los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

## VII. DECISION

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

RESUELVE :

ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso “declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, ...y 51 de la Ley 789 de 2002”.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Con salvamento de voto

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Con aclaración de voto

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Aclaración de voto

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-257 DEL 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia porque la validez de las normas demandadas estaba condicionada a su eficacia (Salvamento de voto)

REFORMA LABORAL Y LOGROS-Objetivos incumplidos/REFORMA LABORAL-Carácter regresivo de la reforma (Salvamento de voto)

Es claro que después de cuatro años, no se cumplieron esos objetivos, pues de los 640.000 empleos que se esperaba generar, sólo se crearon, según lo informa el propio Gobierno, 240.000 empleos, lo que significa que hay un déficit de 400.000 empleos, mientras que los empleadores obtuvieron billones de pesos con esta reforma, lo cual no justifica ni compensa de ninguna manera la reducción drástica de los derechos de los trabajadores en materia de pago de dominicales y festivos, horas extras, e indemnización por despido. De manera que no se cumplió con las 2/3 partes de lo indicado, prueba más que suficiente para declarar inexecutable estas normas, pues demuestra que no pueden permanecer en el ordenamiento jurídico. A mi juicio, con esta sentencia se avala la regresión de derechos fundamentales de los trabajadores y se destruyen las conquistas obtenidas por los trabajadores después de muchos años de lucha

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos (Salvamento de voto)

JURISPRUDENCIA FRENTE A LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y UN NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

La Corte ha sostenido que aunque haya cosa juzgada material, si cambian las circunstancias fácticas es posible volver a examinar una norma sujeta a control en un contexto distinto. Si la cosa juzgada es formal, la Corte ha dicho que se puede volver a revisar un asunto aunque no cambien esas circunstancias, si la decisión anterior es de cosa juzgada relativa.

COSA JUZGADA RELATIVA-Procedencia de nueva demanda (Salvamento de voto)

La decisión de la Sentencia C-038/04 es de cosa juzgada relativa y para el suscrito

magistrado es claro que queda abierta la posibilidad para que, de darse las condiciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corte, la Corte pueda volver a examinar estas normas legales frente a una nueva demanda.

REF.: Expediente: D-6822

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25, 26, 28 y 51 (parcial) de la Ley 789 de 2002, "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo"

Magistrada Ponente:

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto al presente fallo, toda vez que a mi juicio, no existe cosa juzgada constitucional y deben prosperar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra los artículos 25, 26, 28 y 51 de la ley 789 de 2002. Para fundamentar mi posición paso a exponer a continuación las razones de mi disenso:

1. En primer lugar, y antes de entrar a exponer mi discrepancia en relación con la presente sentencia, el suscrito magistrado deja constancia de que en su momento en Sala Plena deploré el hecho de que el proyecto original de sentencia sustanciado por el magistrado ponente Dr. Humberto Sierra Porto, se hubiera filtrado y hubiera sido conocido por la prensa.

En este sentido, debo reiterar mi criterio en cuanto a que toda filtración es perversa, lo que a mi juicio se evitaría si las sesiones de la Sala Plena fueran públicas. Así mismo, para el suscrito magistrado es claro que la filtración proviene de la Sala, pues la ponencia se entregó por el despacho del Dr. Sierra en sobre cerrado. En mi opinión, esa filtración tuvo el interés de alertar y asustar a los empleadores y así crear un clima en contra del ponente, lo cual es lamentable pues en el futuro puede volver a ocurrir con otros asuntos, creando riesgos para los magistrados.

Por tanto, me permito manifestar mi total respaldo al presidente de esta Corte en el sentido de poner en conocimiento este hecho ante la Fiscalía, y doy de antemano mi pleno consentimiento para que se revele la fuente. Así mismo considero necesario que se envíe una carta al Espectador haciendo esa manifestación. Finalmente, debo manifestar mi acuerdo con que se adelante una investigación interna en relación con este asunto.

2. En segundo lugar, debo manifestar que el suscrito magistrado se encontraba de acuerdo con el proyecto original presentado a Sala por el magistrado Sierra Porto, en el cual se proponía declarar inexecutable los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002. Esta ponencia fue improbadada con dos (2) votos a favor y siete (7) en contra.

3. En relación con mi posición respecto de esta sentencia, debo afirmar que me encuentro en total discrepancia respecto de ella, ya que en mi concepto no se configuraba en este caso el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, no sólo por lo señalado por la Corte Constitucional en la misma sentencia C-038 de 2004 y lo establecido por el propio Legislador,

sino porque la validez de las normas ahora demandadas estaba condicionada a su eficacia, esto es, al logro de las finalidades de la Ley 789 de 2002.

3.1 Considero por tanto que debió declararse la inexecutable de los artículos demandados, tal y como lo proponía el proyecto original, y no acudir a un argumento de cosa juzgada, tesis con la cual no concuerdo.

A este respecto, debo observar que, como ha sucedido en anteriores casos, se lanza una tesis neutra -cosa juzgada- para lograr el mismo resultado, en este caso, el de favorecer a los patronos contra los trabajadores.

Así mismo, es de advertir que los mismos magistrados que votaron a favor de la sentencia C-038/04, avalando la executable de normas regresivas que violaban la Constitución Política, son los mismos que ahora sostienen la existencia de cosa juzgada, con lo cual persiste y se convalida dicha violación.

3.2 De esta manera, me permito reiterar aquí los argumentos expuestos en el salvamento de voto a la sentencia C-038 de 2004, en donde expuse que es el propio legislador quien confiesa que no sabe si con esta ley se logra el fin propuesto y si es adecuada y proporcionada. En ese entonces, no existía ninguna duda en cuanto a que las normas eran regresivas, ni respecto a que producirían un perjuicio inmediato para los derechos de los trabajadores. Ahora bien, se evidencia que los hechos le han dado la razón al legislador después de cuatro años de la vigencia de la ley ahora nuevamente demandada.

En la sentencia C-038 de 2004 se decidió:

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

“Primero. Declarar EXECUTABLE, 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 INEXECUTABLE.

Segundo.- Declarar EXECUTABLE, en lo acusado, el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003.”

Segundo. Declarar EXECUTABLES 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 párrafo 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 párrafo 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 EXECUTABLES, 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 párrafo que se declaran INEXEQUIBLES.”

“En relación con el numeral primero de la parte resolutive 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 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 1º 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).<sup>48</sup>

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 desigualitaria?; 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.<sup>49</sup>

3. El propio legislador confiesa en este caso (artículo 45 párrafo) 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.”

3.3 Para el suscrito magistrado con este nuevo fallo se desmonta el Estado social de Derecho y en nombre del capitalismo se destruyen las conquistas obtenidas por los trabajadores después de muchos años de lucha.

A mi juicio, con esta sentencia se avala la regresión de derechos fundamentales de los trabajadores sin que se hubieran producido los supuestos beneficios que en materia de empleo se sostuvo ameritaba la adopción de esta legislación inconstitucional.

Vistos los resultados, es claro que después de cuatro años, no se cumplieron esos objetivos, pues de los 640.000 empleos que se esperaba generar, sólo se crearon, según lo informa el propio Gobierno, 240.000 empleos, lo que significa que hay un déficit de 400.000 empleos, mientras que los empleadores obtuvieron billones de pesos con esta reforma, lo cual no justifica ni compensa de ninguna manera la reducción drástica de los derechos de los trabajadores en materia de pago de dominicales y festivos, horas extras, e indemnización por despido.

Por tanto, es claro que cuando se emprendió la reforma se hablaba de la creación de 640.000 empleos para el cuatrienio, cifra que no se alcanzó. Así mismo hay tesis económicas con finalidades distintas y que hay que tener en cuenta que la tasa de desempleo puede disminuir también porque la gente se haya cansado de buscar empleo. A mi juicio falta una

mención y desarrollo sobre la nueva metodología para medir estos índices y tampoco se ha dicho nada acerca de cuántos billones de pesos dejaron de percibir los trabajadores por estas normas.

Así mismo, debo indicar que las normas acusadas establecen incentivos a los empleadores también a costa de los derechos de los trabajadores y contra toda evidencia, reducen el pago de la jornada de trabajo que es nocturna, desconociendo la compensación que necesita quien trabaja de noche. No obstante, ya se demostró, con todas las variables, que no se han creado empleos.

3.4 De otra parte, debo reiterar aquí que no he compartido la tesis de la Corte, según la cual, la modificación de las condiciones sociales o del contexto social permite volver sobre lo ya decidido, pues siempre habría razones para ello. Sin embargo, ahora observa este magistrado que no se guarda coherencia con esa posición por parte de los magistrados que la han sostenido.

Debo insistir por tanto, que para el suscrito magistrado no se trata en este caso del cambio de contexto. Tampoco considero cierta la tesis en relación a que la Corte nunca justificó que se podía volver sobre estas disposiciones. Por el contrario, el argumento de este magistrado es que la propia sentencia C-038/04 sostuvo que el fin de las normas estudiadas de la Ley 789 del 2002 era legítimo y el medio idóneo, pero sin que para ese momento, pudiera tenerse todos los elementos para establecer con total seguridad el efecto de generación de empleo, como se consigna en dicha sentencia.

Así las cosas y de conformidad con la sentencia C-038 de 2004, había que esperar el resultado de la ley, y con tal objeto, la Ley estableció el plazo de dos años para hacer esa evaluación, que inclusive podía conducir a la derogación de las normas ineficaces. Es claro entonces, que la propia sentencia previó la posibilidad de que se pudiera volver sobre el tema.

En este sentido, reitero que no hay cosa juzgada, máxime cuando la exequibilidad se declaró sólo por los cargos examinados en ese entonces, que son distintos a los presentados en esta oportunidad. Por tanto, en mi opinión los cargos deben prosperar, pues las normas demandadas configuran un despojo legalizado de las conquistas de los trabajadores.

Por consiguiente, la diferencia entre la tesis del suscrito magistrado y de aquellos que sostienen el cambio de contexto, es que tanto la sentencia como el legislador condicionaron la validez de las normas de la Ley 789 del 2002 a su eficacia, y que los cargos que se formulan en esta ocasión son nuevos, como se puede confrontar al hacer el cotejo entre ambas demandas. A este respecto, es de observar que en la primera demanda se rechazaron algunos de los cargos, entre otros los relativos al desconocimiento de tratados de derechos humanos y de convenios de la OIT, de modo que el objeto del litigio se redujo. Así mismo, en la presente demanda se invocan los artículos 2.1. y 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con los cuales no hubo confrontación en el fallo anterior.

3.5 Ahora bien, considero que si lo que se quería era cambiar la jurisprudencia había que decirlo expresamente. Hasta hoy, la Corte ha sostenido que aunque haya cosa juzgada

material, si cambian las circunstancias fácticas es posible volver a examinar una norma sujeta a control en un contexto distinto. Si la cosa juzgada es formal, la Corte ha dicho que se puede volver a revisar un asunto aunque no cambien esas circunstancias, si la decisión anterior es de cosa juzgada relativa. Jurisprudencia esta que en este caso no se aplica y se contradice.

En este caso en particular, es de observar que en la sentencia C-038/04 se aceptó la regresividad en los derechos constitucionales para darle el beneficio a ley de que funcionara, y hoy con la nueva demanda se trataba de cotejar la teoría con la realidad. Ahora esta Corte propone que nunca se puede volver a estudiar este asunto, lo cual contradice claramente la jurisprudencia reiterada de la Corte, como quedó expuesto.

Así las cosas, el suscrito magistrado se permite dejar constancia expresa acerca de que esta posición mayoritaria es otro reflejo del poder de los intereses del gobierno de turno, a costa de los derechos de los trabajadores. Reitero que la decisión de la Sentencia C-038/04 es de cosa juzgada relativa. Ahora la Corte quiere modificar la jurisprudencia para decir que estas normas son intocables. Por tanto, me permito hacer un llamado a la coherencia de esta Corte con su propia jurisprudencia.

De conformidad con lo anterior, para el suscrito magistrado es claro que queda abierta la posibilidad para que, de darse las condiciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corte, la Corte pueda volver a examinar estas normas legales frente a una nueva demanda.

3.6 De otra parte, aún cuando se aceptara que hay cosa juzgada, en criterio del suscrito magistrado hay que tener en cuenta que se trata de una ley que condicionó su validez a su eficacia.

A este respecto, no debe olvidarse que una es la existencia, otra la validez, y otra la eficacia de una norma, que puede subsistir a pesar de la inexecutable o derogatoria. Como lo señala Kelsen, una norma en particular, puede perder vigencia por falta de eficacia. En el caso concreto, es claro que las disposiciones eran regresivas y que por lo mismo, sólo serían constitucionales si lograban el objetivo propuesto. Es de advertir que en este caso nos encontramos en el cotejo de la ley con la realidad, con elementos de hecho, cotejo que debe tener lugar por haberse incluido en la misma ley y en la sentencia que estudió su constitucionalidad.

Sobre este punto, es de afirmar que aunque los estudios de los economistas hay que recibirlos con beneficio de inventario, el estudio que no puede despertar sospechas es el realizado por el propio Gobierno, que señala que en el período posterior a la ley se crearon 160.000 empleos y en el mejor de los casos 240.000. Es de reiterar por tanto, que de acuerdo con el cálculo inicial que se hizo por el Gobierno (640.000 empleos), hay un déficit de 400.000 empleos, a costa de los derechos de los trabajadores, de manera que no se cumplió con las 2/3 partes de lo indicado, prueba más que suficiente para declarar inexecutable estas normas, pues demuestra que no pueden permanecer en el ordenamiento jurídico.

3.7 De otra parte, debo rechazar la tesis que se esgrime en defensa de la discrecionalidad del legislador, como si el legislador no tuviera como límite los valores, principios y derechos

constitucionales. En este sentido, debo reiterar que el legislador no puede violar los artículos 53, 54, 55 y 56 de la Constitución Nacional y es de advertir que con los argumentos que se han expuesto prácticamente se afirma que el legislador debe dejar que los empresarios hagan lo que quieran.

Así mismo, debo recordar que de acuerdo con la Constitución Política, las empresas tienen una función social (art. 333) y la Constitución consagra entre las finalidades de la intervención en dichas empresas, la de promover el pleno empleo (art. 334).

3.8 Adicionalmente, debo manifestar que el hecho de que en el curso del debate en Sala Plena se diera una discusión de fondo sobre esta demanda demuestra que el asunto es de fondo y no de forma o relativa a cosa juzgada formal, por cuanto si ello fuera así, los aspectos de fondo no se hubieran podido tocar en el debate.

Así mismo, debo expresar que me preocupa que existan opiniones divergentes entre los magistrados sobre la motivación de la presente decisión, pues la mayoría debe estar vinculada por las razones de dicha mayoría, las cuales deben ser compartidas.

3.9 De conformidad con todo lo expuesto, reitero mi acuerdo con la ponencia original que declaraba la inexecutable de las normas demandadas y rechazo categóricamente el que se haya adoptado un fallo de cosa juzgada, que sigue favoreciendo a los empleadores.

En este sentido, reitero que en este caso no existe cosa juzgada por cuanto la propia sentencia C-038 de 2004 y el propio legislador condicionaron la validez de las disposiciones de la Ley 789 del 2002 a su eficacia, y en razón a que en esta oportunidad los cargos son diversos a los que se presentaron cuando se estudió por primera vez la constitucionalidad de la ley hoy nuevamente demandada, lo que hace que tan sólo exista cosa juzgada relativa.

Así las cosas, insisto en que la tesis de la cosa juzgada busca mantener un fallo que considero perverso. Así mismo, recabo en que al no existir cosa juzgada lo que correspondía a esta Corte era defender los derechos fundamentales, como lo juró, incluidos aquellos de contenido económico y social. En este sentido, la Corte no puede renunciar al control del sesenta por ciento (60%) de los preceptos de la Constitución Política porque las disposiciones acusadas tengan un contenido económico, sino que debe cumplir con su deber de defender la integridad y supremacía de la Constitución, de conformidad con el mandato del artículo 241 de la Constitución Política.

Por tanto, considero que posiciones como la adoptada mediante este fallo corresponden a la costumbre de hacer una jurisprudencia simbólica, como se hizo en su momento con los salarios de los servidores públicos, cuyo plazo para un ajuste real a su poder adquisitivo se venció sin que se haya dado cumplimiento al mandato constitucional, con lo cual se perpetuó el estado de cosas existente, que ahora se complementa con la supresión de derechos que habían conquistado los trabajadores.

En conclusión, para el suscrito magistrado esta decisión es abiertamente contraria a la Constitución Nacional, sólo favorece a los empleadores y perpetúa una situación que atenta contra los derechos constitucionales de los trabajadores, sin que se hayan producido los efectos que se buscaba con la ley 789 de 2002.

Con fundamento en las razones expuestas, salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-257/08

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

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

REFORMA LABORAL-No justificación constitucional válida para medidas regresivas (Aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-Se radicó en el legislador la modificación y derogación de disposiciones sujetas a evaluación política (Aclaración de voto)

REFORMA LABORAL-Congreso y Gobierno mantienen la carga de confrontar efectos de la Ley y asegurar el goce de los derechos laborales (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6822

La Corte en la sentencia de la referencia resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso “declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos analizados, los artículos 25,26, 28... y 51 de la ley 789 de 2002”. Comparto la conclusión del pleno de la Corte en el sentido de que no resultaba procedente reexaminar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas por cuanto se había configurado la cosa juzgada relativa al demandarse las mismas normas bajo idénticos cargos, pero además no se demostró por el demandante un nuevo contexto normativo y fáctico que obligara al nuevo pronunciamiento por el juez constitucional. Estos fundamentos de suyo sustentan la decisión de la Corte.

Mi aclaración de voto obedece a dos aspectos: (i) he salvado el voto en oportunidades anteriores ( C-781/03 y C-038/04) y siempre que se trata de medidas regresivas en materia laboral - flexibilización - aún con la finalidad de brindar mayor empleo, pues en esta materia es preciso que el juicio de proporcionalidad de dichas medidas se confronten y justifiquen estrictamente con los valores, principios y derechos constitucionales en juego, pues de lo contrario se estaría abonando la regla general de regresividad sin límite ni contención; y (ü)La Corte en esta sentencia utilizó también como argumento central el hecho de se radicó en el legislador a través de una “Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo”, la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado “efectos prácticos”, evaluación más de carácter político que jurídico. Como tuve oportunidad de manifestarlo en la Sala Plena respectiva, la Corte debió valorar un dato incontrovertible hoy, no al momento de expedición de la ley, como es el de que los datos reflejan una incertidumbre no resuelta sobre los efectos reales y los fines de la ley, es decir,

sobre la pretendida “empleabilidad”. Con mayor razón cuando están de por medio derechos constitucionales de los trabajadores que han sido y siguen siendo afectados por medidas regresivas, lo que por disposición de la propia ley obligaba al Congreso y al Gobierno a un examen serio y permanente sobre el punto, para adoptar con plena justificación la decisión de mantener la ley o modificarla e incluso derogarla ((art. 46 Ley 789/04).

Ese cometido no se ha agotado ni por la conformación de la Comisión, ni por la información precaria, ni porque el monitoreo satisfaga el condicionamiento que se impuso el propio Congreso para la eficacia de la ley. La Corte debió ser lo suficientemente explícita en señalar que el Congreso debe generar un espacio democrático para valorar los efectos reales frente a los derechos constitucionales de los trabajadores, sobre estudios y bases sólidos y ciertos. Sigo pensando que aún con el fallo adoptado por la Corte, el Congreso y el Gobierno mantienen la carga no solo de confrontar los efectos de esta ley sino también la de asegurar el goce efectivo de los derechos laborales de los colombianos.

Fecha ut supra.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO A LA SENTENCIA C-257 DE 2008

COSA JUZGADA FORMAL RELATIVA-Razones de configuración (Aclaración de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Implicaciones/SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Carácter definitivo, incontrovertible e inmutable (Aclaración de voto)

La cosa juzgada constitucional, a pesar de su aparente ductibilidad, es una figura procesal que no sólo asegura la resolución pacífica, coercitiva y definitiva de controversias relacionadas con la posible incompatibilidad de preceptos legales con la Carta, sino que a su vez, define judicialmente la coherencia del ordenamiento en su conjunto, fortaleciendo con ello la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima y la estabilidad en la aplicación de la ley. De ahí que al disponer la Carta que los fallos que dicta esta Corporación en ejercicio de su control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, implica que las decisiones judiciales adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, tiene por esa razón una carácter definitivo. Por lo tanto, este tribunal no puede estudiar nuevamente por los mismos cargos, una disposición sobre lo que ya ha sido juzgado, dado que el efecto general de la cosa juzgada constitucional se traduce en la imposibilidad jurídica de reabrir el juicio de constitucionalidad sobre lo que ya ha sido objeto de examen por esta Corporación.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Excepcionalidad de nuevo juicio en circunstancias de contenido normativo idéntico pero contexto fáctico diferente (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-6822

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25, 26, 28 y 51 (en lo acusado) de la

Ley 789 de 2002, “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”.

Demandante: Carlos Rodríguez Díaz

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional y no obstante compartir el pronunciamiento mayoritario de la Sala que determinó estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, estimo necesario aclarar mi voto en esta oportunidad con respecto a ciertos aspectos de orden sustancial que considero debieron ser tenidos en cuenta en esta providencia, así:

1. La Corte Constitucional consideró que no era procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad de las normas atacadas en la demanda, por cuanto (i) se configuró la cosa juzgada formal relativa, al acusarse nuevamente los mismos preceptos bajo cargos idénticos; (ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y (iii) se radicó en el Legislador, a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo, la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, conforme a una evaluación que debía ser política.

La primera y última de las razones enunciadas, a mi juicio, justifican plenamente la decisión final a la que llegó la Corte Constitucional en esta providencia. Con todo, en lo que respecta al segundo elemento tomado en consideración por la Sala, esto es, el no haberse demostrado la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera procedente un nuevo juicio de constitucionalidad sobre las normas acusadas, considero que por tratarse de un asunto de significativa importancia en materia del control constitucional en general, dicho aspecto debió ser abordado con mayor profundidad en esta providencia.

1. En efecto, las reflexiones mayoritarias consignadas en el fallo aprueban de manera excepcional y sin objeción alguna, un eventual nuevo estudio constitucional de disposiciones amparadas por la figura de la cosa juzgada constitucional formal, cuando existan contextos fácticos diferentes y “probados”, que “justifiquen” un nuevo análisis de constitucionalidad, no obstante existir sobre los preceptos acusados un pronunciamiento previo de la Corte relacionado con los mismos cargos. Explícitamente, la sentencia utiliza la siguiente expresión para concluir que es viable dicha posibilidad, así:

“Por consiguiente, puede señalar la Corte que el accionante no demostró irrefutablemente la existencia de un nuevo contexto actual que justificara para que la Corte procediera excepcionalmente a realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre medidas legislativas que ya fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-038 de 2004”.

1. Sobre este aspecto debo recordar, que la cosa juzgada constitucional, a pesar de su aparente ductibilidad, es una figura procesal que no sólo asegura la resolución pacífica, coercitiva y definitiva de controversias relacionadas con la posible incompatibilidad de preceptos legales con la Carta, sino que a su vez, define judicialmente la coherencia del ordenamiento en su conjunto, fortaleciendo con ello la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima y la estabilidad en la aplicación de la ley<sup>50</sup>.

El artículo 24351 de la Carta -como es conocido- dispone que los fallos que esta Corporación dicta en ejercicio de su control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional<sup>52</sup>. Ello implica que las decisiones judiciales adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, tienen por esa razón un carácter definitivo<sup>53</sup>. Por lo tanto, este Tribunal no puede estudiar nuevamente por los mismos cargos, una disposición que ya ha sido objeto de análisis constitucional previo, ni pronunciarse sobre lo ya ha sido juzgado<sup>54</sup>, dado que el efecto general de la cosa juzgada constitucional se traduce en la imposibilidad jurídica de reabrir el juicio de constitucionalidad sobre lo que ya ha sido objeto de examen por esta Corporación<sup>55</sup>.

Desde esta perspectiva, si bien la teoría jurídica autoriza que una norma formalmente distinta pueda excepcionalmente ser sometida a un nuevo juicio de constitucionalidad en circunstancias en que su contenido normativo es idéntico al de una disposición previa que ya fue objeto de tal juicio y que fue declarada exequible<sup>56</sup>, tal aproximación, que permite un nuevo pronunciamiento ante cambios de contexto social, normativo o fáctico, es propio de la figura de la cosa juzgada material<sup>57</sup>. No obstante, exige que se trate de una norma distinta, por lo que no puede hacerse extensiva a preceptos amparados constitucionalmente por la figura de la cosa juzgada formal, como es la propuesta presentada por el demandante en esta providencia.

1. En el caso concreto, el estudio de los fines planteados por el legislador frente a la flexibilización laboral y el análisis de una eventual regresividad de las medidas adoptadas por el Congreso en su momento, fueron temas cuyo debate se adelantó en la sentencia C-038 de 2004. Por lo tanto, el eje medular de esta providencia debía concentrarse en la existencia o no de cosa juzgada constitucional y en el cambio de contexto fáctico invocado, como fundamento para un nuevo debate frente a normas ya estudiadas por la Corte con anterioridad, por cargos iguales, bajo el argumento de un aparente incumplimiento de los fines propuestos por el legislador en la primera oportunidad.

En este orden de ideas, a diferencia de lo considerado en la providencia mayoritaria, un control constitucional ex post de un precepto legal sobre el que ya existe cosa juzgada formal, bajo la idea de un presunto cambio de contexto fáctico, resulta a mi juicio particularmente problemático porque (i) la Corte realiza un control abstracto de las normas y utiliza como referente la Carta Política, en el momento en que el precepto es sometido al control constitucional. (ii) Es necesario respetar la cosa juzgada formal y las decisiones previas y de fondo de esta Corporación. Como se explicó, la Corte no puede revisar nuevamente disposiciones sobre las que ya se pronunció, atacadas por los mismos cargos, porque ello implicaría relativizar por completo la figura de la cosa juzgada constitucional que es crucial

para la seguridad jurídica, bajo el amparo de un supuesto control posterior de los efectos normativos y fines del legislador. Un examen de esta naturaleza, podría transformarse en un control constitucional permanente de las normas jurídicas, teniendo en cuenta que bajo la égida de una “constitución viviente”, las valoraciones fácticas pueden ser innumerables y sucesivas. Como se hace evidente, ello desdibujaría por completo la figura procesal que se describe y en particular el querer del Constituyente, quien le atribuyó fuerza definitiva y erga omnes a las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada constitucional en los términos del artículo 243 de la Carta. (iii) En igual sentido, un análisis semejante implicaría a la postre un “control constitucional suspensivo”, esto es, una revisión constitucional “transitoria” por parte de esta Corporación, que significaría la interinidad de la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas atacadas por los mismos cargos, hasta tanto haya “prueba” de la eficacia o ineficacia normativa, en un plazo indeterminado. La regla en tales eventos sería inversa a los parámetros actuales, ya que prevalecería la cosa juzgada relativa y desaparecería por completo la figura de la cosa juzgada absoluta, al eclipsarse el cotejo abstracto de las normas acusadas con la Carta y patrocinarse una reflexión constitucional orientada hacia la verificación del cumplimiento de los fines propuestos por el legislador en todo tiempo. (iv) Finalmente, la tarea de evaluación legislativa respecto de la eficacia o no de las disposiciones propuestas, es una responsabilidad política que claramente compete al Congreso. De este modo, un impacto imprevisto de realidades sociales o políticas nuevas, que desvirtúen la conveniencia o efectividad de disposiciones previamente avaladas por un fallo constitucional, o la existencia de eventuales efectos negativos a posteriori de una legislación confirmada por una decisión precedente de esta Corporación, implican que dicha normatividad debe ser revisada por el Congreso. Es a esta Rama del Poder Público y no a la Corte, a la que le corresponde derogar o modificar los preceptos que no cumplan con las expectativas iniciales del debate democrático, y la que debe señalar las nuevas medidas que sean necesarias para conjurar los posibles impactos negativos que se deduzcan de las disposiciones legales ya avaladas. La Carta Política, en ese sentido, reconoce claramente que el escenario en el que se despliega la soberanía popular es el Congreso, y por ello, es a él a quien concierne al debate y ajuste de las medidas legislativas pertinentes.

Entiendo que como garante de la integridad y supremacía de la Carta, la Corte Constitucional tiene el deber de asegurar la eficacia real de los derechos fundamentales y la vigencia del orden constitucional justo. No obstante, sólo hasta que sea posible superar (overruling) válidamente la jurisprudencia constitucional consolidada en relación con la cosa juzgada formal, afirmaciones como las planteadas en la sentencia respecto al cambio de contexto fáctico como criterio válido para un control constitucional efectivo en circunstancias de cosa juzgada constitucional formal, son apreciaciones que carecen de rigor jurídico, resultan ajenas al tipo de control constitucional que actualmente adelanta esta Corporación, y ofrecen objetivamente serios riesgos a la seguridad y a la estabilidad normativa. La sentencia en ese sentido, no hizo mayores reflexiones sobre el tema, por lo que considero insuficientes los argumentos enunciados para responder válidamente a un eventual control constitucional de esta naturaleza, relacionado con el cambio de contexto en un caso como el invocado por el actor.

Por las razones expuestas, aclaro mi voto en la presente decisión.

Fecha ut supra,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-257 DE 2008

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Procedencia e improcedencia de nuevo examen de constitucionalidad frente a nuevos elementos probatorios trascendentes que puedan variar el sentido de la providencia anterior (Salvamento de voto)

La aparición de nuevos elementos probatorios trascendentes que puedan variar el sentido de la providencia anterior debe producir los mismos efectos de una sentencia de constitucionalidad declaratoria de la exequibilidad de los preceptos examinados y por lo tanto los ciudadanos pueden interponer nuevamente la acción pública de inconstitucionalidad, en aquellos casos en los cuales la Corte Constitucional ha declarado exequible una disposición basada en los elementos probatorios disponibles al momento de adoptar la decisión y aparezcan nuevas pruebas; más no en aquellos casos en los cuales una disposición ha sido declarada inexecutable o haya sido condicionado su contenido normativo. Pero no puede ser cualquier elemento probatorio el que permita cuestionar los efectos de cosa juzgada de una sentencia previa, sino solamente las pruebas trascendentes

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Procedencia de nuevo examen de constitucionalidad cuando declaratoria de exequibilidad ha sido determinada por ausencia de elementos probatorios (Salvamento de voto)

Para que la aparición de pruebas trascendentes pueda plantear dudas sobre un fallo previo se requiere que en la anterior sentencias de constitucionalidad la evaluación de los hechos o circunstancias fácticas haya incidido de manera determinante en el sentido del fallo adoptado, es decir, la declaratoria de exequibilidad haya sido determinada por la ausencia de elementos probatorios y no por otro tipo de razones.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia ante ocurrencia de nuevos hechos relevantes/HECHOS RELEVANTES-Su ocurrencia justifica un nuevo examen de constitucionalidad (Salvamento de voto)

La jurisprudencia de esta Corporación, si bien ha insistido en la importancia de la figura de la cosa juzgada, la cual tiene como función garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, ha admitido que en ciertos casos, ante la importancia de los derechos e intereses en juego, se pueda reabrir cierto tipo de procesos, cuando con posterioridad a la sentencia surjan elementos probatorios relevantes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Posibilidad de nueva revisión de disposiciones declaradas previamente executable (Salvamento de voto)

La posibilidad de una nueva revisión de disposiciones previamente declaradas executable cobra más fuerza cuando se trata de preceptos de carácter económico, pues en ese ámbito

las cambiantes circunstancias fácticas pueden obligar al juez constitucional a reconsiderar la constitucionalidad de disposiciones inicialmente declaradas exequibles, so pena de perpetuar situaciones vulneradoras de derechos fundamentales.

REAPERTURA DE DEBATES DE CONSTITUCIONALIDAD EN DERECHO COMPARADO-En Italia sentencias de todavía constitucionalidad (Salvamento de voto)

REAPERTURA DE DEBATES DE CONSTITUCIONALIDAD EN DERECHO COMPARADO-En Alemania sentencias apelativas (Salvamento de voto)

REAPERTURA DE DEBATES DE CONSTITUCIONALIDAD EN DERECHO COMPARADO-Portugal (Salvamento de voto)

REAPERTURA DE DEBATE DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS DE REFORMA LABORAL DECLARADAS EXEQUIBLES-Procedencia (Salvamento de voto)

En la sentencia C-038 de 2004 están presentes todos los elementos que permiten realizar un nuevo examen de constitucionalidad de las disposiciones previamente declaradas exequibles. En primer lugar la Corte para establecer la exequibilidad de las disposiciones acusadas adelantó un juicio de proporcionalidad, técnica argumentativa en la cual los datos empíricos tienen gran importancia para determinar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas examinadas. En segundo lugar a lo largo de la sentencia hay constantes alusiones a la falta de información relevante sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo y a que el sentido de la decisión adoptada podría variar de disponerse de tal información. En esa medida la actual disponibilidad de datos reales sobre los efectos de la reforma laboral es una prueba trascendente que permite realizar un nuevo examen de constitucionalidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la ley 789 de 2002. Adicionalmente, una de las razones que condujo a la declaración de exequibilidad de la ley 789 de 2002 es que aquellas disposiciones que no produjeran los efectos de promover la generación de empleo, serían retiradas del ordenamiento jurídico, en principio por los mecanismos jurídicos previstos en los artículos 45 y 46 de la precitada ley, lo que no excluye la actuación del juez constitucional en caso tal que la vía legal resulte infructuosa, máxime si están en juego los derechos fundamentales de los trabajadores. En el caso de la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 los estudios sobre los efectos en el mercado laboral colombiano constituyen las premisas fácticas relevantes, pues son análisis serios y ponderados de los resultados de la reforma laboral en la generación de empleo.

REAPERTURA DE DEBATE DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS DE REFORMA LABORAL DECLARADAS EXEQUIBLES-Parámetros de control (Salvamento de voto)

Para examinar la constitucionalidad de los artículos demandados resultan relevantes no sólo los preceptos constitucionales que hacen referencia al derecho al trabajo, sino también los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues del conjunto de estas disposiciones derivan los principios constitucionales del trabajo, los cuales limitan la libertad de configuración del legislador en este ámbito.

SOFT LAW-Concepto/SOFT LAW-Utilidad/SOFT LAW-No tienen carácter vinculante/SOFT LAW-

No hacen parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

Además de los tratados, pactos y convenciones existen los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del así denominado en la doctrina anglosajona soft law. Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tiene un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tiene un carácter vinculante, a diferencia de los tratados. Esta Corporación ha sostenido que ciertos documentos que hacen parte del soft law tienen utilidad interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos y han sido empleados para establecer el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en la materia.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Contenidos del mandato de progresividad/DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Alcance de la prohibición de regresividad/DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Medidas de retroceso en estos derechos deben someterse a juicio de proporcionalidad estricto/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO-Aplicación en medidas que supongan retroceso en derechos económicos, sociales y culturales (Salvamento de voto)

El mandato de progresividad que se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene dos contenidos complementarios, por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad, y un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, que implica la obligación estatal de no regresividad, interpretada en el sentido que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida. El alcance de la prohibición de regresión se sintetiza en los siguientes términos: la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia. Precisamente esta Corporación ha defendido la necesidad de someter a un juicio de proporcionalidad estricto las medidas que supongan un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, las cuales sólo podrán ser declaradas exequibles en la medida en que demuestren su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para alcanzar finalidades constitucionalmente legítimas.

NORMAS DE REFORMA LABORAL DECLARADAS EXEQUIBLES-Constituyen una regresividad normativa (Salvamento de voto)

En el caso decidido en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008 se trata de una regresión normativa, pues la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 supuso una disminución de las garantías laborales de los trabajadores respecto de la normatividad previamente existente, que constituye un retroceso en las garantías laborales y en esa

medida significa la vulneración de la obligación de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales del Estado colombiano, derivada de la Constitución Política así como de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

REFORMA LABORAL Y LOGROS-Resultados indeterminados/INCONSTITUCIONALIDAD NORMAS DE REFORMA LABORAL-Por indeterminación de resultados y comprender medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales/INCONSTITUCIONALIDAD NORMAS DE REFORMA LABORAL-Falta de idoneidad para alcanzar resultados (Salvamento de voto)

La evidencia empírica aportada arroja un resultado indeterminado, pues los informes aportados llegan a conclusiones contrapuestas y no surge entre los expertos una posición mayoritaria sino que existe lo que se podría denominar una situación de empate, pues mientras unos estudios concluyen que la reforma laboral no tuvo incidencia en la generación de empleo y en otras finalidades que también pueden justificar la imposición de medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, otros estudios arriban a la conclusión opuesta, es decir sostienen que la reforma laboral tuvo incidencia directa en una mejora de las condiciones del mercado laboral colombiano, desde su entrada en vigencia, pero en este caso concreto, debido a que se examinan medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, las cuales suponen un desconocimiento de la obligación de no retroceso que se desprende de claros mandatos constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, las dudas acerca de las cuestiones empíricas relevantes, esto es sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo deben resolverse en contra de la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Así, ante la ausencia de pruebas determinantes que demuestren la idoneidad de la disminución de las garantías laborales de los trabajadores para generar empleo, los artículos demandados no pueden continuar en el ordenamiento jurídico porque se privilegiaría un resultado incierto –el discutible resultado de la reforma en la generación de empleo, la estabilidad laboral y la calidad de empleo– sobre un resultado cierto –la efectiva disminución de las garantías laborales.

Referencia: Expediente D-6822

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”.

Demandante: Carlos Rodríguez Díaz

Magistrada Ponente:

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado se aparta de la decisión mayoritaria en el sentido de estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, mediante la cual se declararon exequibles los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Estimó la mayoría que se presentaba el fenómeno de cosa juzgada constitucional respecto de la decisión previa pues los cargos formulados por el demandante en el expediente D-6822

eran similares a los estudiados en la sentencia C-038 de 2004 y que adicionalmente no existían elementos fácticos relevantes que justificaran un nuevo examen de constitucionalidad. Finalmente concluyó que los estudios realizados hasta la fecha demostraban que las disposiciones demandadas habían conseguido la finalidad de aumentar el empleo formal.

1. La sentencia C-038 de 2004 y la eventual existencia de cosa juzgada respecto de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Si bien sobre la Ley 789 de 2002 se han producidos diversos pronunciamientos de esta Corporación, para efectos de determinar si existe cosa juzgada respecto de la demanda presentada por el ciudadano Rodríguez Díaz solamente resultaba relevante la sentencia C-038 de 2004, pues las otras decisiones versaron sobre disposiciones distintas a las demandadas en esta oportunidad o debido a que los cargos examinados no guardaban relación con los ahora propuestos por el demandante<sup>58</sup>.

En la sentencia C-038 de 2004 se estudió la constitucionalidad de distintas disposiciones de la Ley 789 de 2002, entre las que se encontraban sus artículos 25, 26, 28 y 51, ahora nuevamente demandados. Con el objeto de delimitar el alcance del examen realizado en dicha oportunidad es pertinente transcribir los apartes en los cuales se formula el problema jurídico a resolver, por ser este uno de los extremos que permiten determinar el alcance de la cosa juzgada constitucional<sup>59</sup>. Al respecto se consigna textualmente en la sentencia:

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.

En el anterior aparte se delimita (i) el parámetro de control constitucional, el cual estaba conformado por los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política; los Convenios de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-; (ii) el problema jurídico examinado, esto es, si resulta constitucionalmente legítimo reducir las garantías reconocidas en el ordenamiento legal a los trabajadores con la finalidad de disminuir el desempleo.

Para resolver la anterior cuestión en la sentencia C-038 de 2004 inicialmente se comprobó si las disposiciones acusadas contravenían el artículo 53 constitucional por desconocer el principio de favorabilidad en materia laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores. Sobre este extremo se concluyó que el principio de favorabilidad no impide que se modifique la legislación vigente introduciendo una nueva reglamentación menos benéfica para los trabajadores y que, por otra parte, las disposiciones de la Ley 789 de 2002 demandadas no eran inconstitucionales porque no vulneraban derechos adquiridos de los trabajadores, puesto que no se aplicaban a situaciones jurídicas consolidadas.

Luego se abordó lo relacionado con los límites a la libertad de configuración del Legislador cuando reforma disposiciones en materia laboral para establecer una regulación menos ventajosa para los trabajadores. Tales límites fueron fijados en la sentencia de la referencia en primer lugar en los principios constitucionales del derecho al trabajo contenidos en el artículo 53 constitucional y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad relevantes para el caso concreto, en particular los convenios de la OIT ratificados por Colombia, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador. En segundo lugar en el principio de progresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales el cual se deriva de los artículos 2 y 25 de la Carta (obligación estatal del progresivo desarrollo de la protección al trabajo) y de los artículos pertinentes del PIDESC y del Protocolo de San Salvador.

Una vez fijados los límites se concluyó que “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”<sup>60</sup>.

Finalmente, las disposiciones demandadas fueron sometidas a un juicio de proporcionalidad. Debido a que no había plena certeza sobre si la flexibilización laboral conduciría a la finalidad perseguida, pues existían posiciones encontradas al respecto, se decidió hacer un juicio de adecuación y necesidad que fuera respetuoso con el margen de decisión del Legislador<sup>61</sup>, no obstante debido a que simultáneamente estaba comprometida la protección de un derecho social y se desconocía la prohibición prima facie de retroceso en la protección de los derechos laborales, se decidió que el juicio de proporcionalidad debía centrarse en el examen de los siguientes tópicos: (i) que las medidas no hubieran sido tomadas inopinadamente sino que se estuvieran basadas en un estudio cuidadoso; (ii) que el Congreso hubiera analizado

otras alternativas pero hubiera concluido que no existían otras igualmente eficaces para la promoción del empleo que fueran menos lesivas en términos de la protección del derecho al trabajo; (iii) que las medidas no fueran desproporcionadas en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no resultara excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo.

El juicio de proporcionalidad adelantado bajo los anteriores parámetros fue superado exitosamente por las disposiciones examinadas, las cuales fueron declaradas exequibles por ser adecuadas y necesarias, pues apuntaban a la finalidad constitucionalmente legítima de promover la “empleabilidad” y no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso por parte del Congreso; adicionalmente otras alternativas fueron analizadas pero se consideró que no existían medidas igualmente eficaces para conseguir la finalidad de aumentar el empleo que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Por último en la sentencia se examinó la proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las disposiciones demandadas frente a los principios constitucionales en materia laboral y se concluyó que los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 eran proporcionados y respetaban los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos integrantes del bloque de constitucionalidad, por lo que finalmente fueron declarados exequibles.

Del anterior recuento queda claro que existe coincidencia entre (i) las disposiciones examinadas en la sentencia C-038 de 2004 y las acusadas en la demanda que dio lugar a la sentencia C-257 de 2008, (ii) los cargos examinados en la sentencia C-038 de 2004 y los formulados por el demandante en esta ocasión; en esa medida pareciera caber razón a los intervinientes que sostienen que se configuró el fenómeno de cosa juzgada respecto de la decisión anterior y que por lo tanto no hay lugar a un nuevo examen de constitucionalidad. Sin embargo, el actor y la Vista Fiscal plantearon distintas razones para justificar su pretensión que esta Corporación aboque un nuevo examen de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, las cuales serán examinadas a continuación.

En primer lugar el demandante propone un parámetro de control más amplio, del cual hacen parte no sólo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad sino también instrumentos internacionales que hacen parte del denominado soft law en materia de derechos humanos, como son los Principios de Limburgo y los Principios de Maastricht, afirma que de incorporar estos instrumentos internacionales dentro del parámetro de control de las disposiciones acusadas, éstas devendrían inconstitucionales por ser claramente vulneradoras de los mismos. Sin embargo, este argumento se revela inconsistente desde la perspectiva lógica porque parte de una petición de principio: admitir que los Principios de Limburgo y de Maastricht hacen parte del bloque de constitucionalidad en el caso concreto, cuestión que sólo puede ser decidida posteriormente, cuando se determine cual es el parámetro de control de las disposiciones acusadas y por lo tanto, presentada así no es una razón que justifique un nuevo examen de constitucionalidad.

Las otras razones propuestas por el demandante para justificar un nuevo examen de constitucionalidad tienen como referente la ocurrencia de hechos relevantes que justifican un nuevo examen de las disposiciones acusadas. Así, en primer lugar asevera que en la sentencia C-038 de 2004 se adelantó un juicio de constitucionalidad ex ante de los artículos

25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, poco tiempo después de que entraran en vigor y sin que se supiera con certeza cuales serían sus efectos sobre la generación de empleo ni sobre los derechos fundamentales implicados, mientras que él con su demanda solicita un examen ex post, pasado un tiempo prudencial desde que la reforma laboral produce sus efectos y cuando existen plena certeza sobre el daño producido a los derechos fundamentales de los trabajadores y datos ciertos –siempre según el demandante- sobre sus reales efectos sobre la generación de empleo. Agrega que es particularmente aconsejable un posterior examen de disposiciones que han sido declaradas exequibles luego de ser sometidas a un juicio de proporcionalidad, metodología empleada en la sentencia C-038 de 2004, pues con el paso del tiempo es posible apreciar si éstas resultaron adecuadas y eficaces para la consecución de los fines que perseguían, en otras palabras, con un estudio ulterior es posible evaluar con mas certeza su idoneidad.

En el mismo sentido apunta que la evaluación de premisas fácticas ha sido relevante en fallos previos de constitucionalidad y que en esa medida se deben tomar en consideración los estudios sobre los efectos de las disposiciones acusadas en la generación de empleo para decidir sobre su exequibilidad. Añade que la propia Ley 789 de 2002 prevé su posterior examen, pues su artículo 46 señala que transcurridos dos años a partir de su entrada en vigencia la Comisión de Seguimiento y Verificación debe evaluar los resultados del cambio legislativo, con el propósito de modificar o derogar aquellas disposiciones que no produjeron efectos prácticos sobre la generación de empleo. Argumentos compartidos por el Procurador General de la Nación, quien agrega “no hay lugar a eludir el debate constitucional con el mero argumento de la cosa juzgada, toda vez que fue el propio Congreso el que previó en la misma ley, que periódicamente se realizaran estudios, informes y evaluaciones referidas a la disminución de la tasa de desempleo como consecuencia de la generación de empleo prevista en la esa ley con base en las medidas adoptadas a partir de su vigencia, con el fin que transcurridos dos años fuesen modificadas o derogadas aquellas disposiciones que no hubieren logrado efectos prácticos para la generación de empleo”.

Estas razones adicionales, esgrimidas para justificar un nuevo examen de de los artículos demandados, se pueden presentar esquemáticamente de la siguiente manera: (i) existe información relevante acopiada con posterioridad a la sentencia C-038 de 2004 que permite cuestionar la idoneidad de medidas adoptadas en la Ley 789 de 2002 para promover la generación de empleo; (ii) la Ley 789 de 2002 tiene unas características especiales que permiten su revisión periódica pues su artículo 46 prevé su revisión por el Congreso de la República a los dos años de su entrada en vigencia.

La primera razón es fácil de constatar en la práctica, en efecto, al momento de proferirse la sentencia previa no existían los estudios sobre los efectos de la reforma laboral actualmente disponibles, lo que resulta discutible es si la aparición de nueva información relevante permite reabrir un debate de constitucionalidad ya cerrado en virtud de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada. En efecto podría sostenerse que la información surgida con posterioridad a la adopción de una sentencia de constitucionalidad, sobre los efectos de las disposiciones examinadas, es irrelevante respecto de la decisión adoptada o que en todo caso no es una razón suficiente para reabrir una discusión jurídica zanjada y de esta manera minar los efectos de cosa juzgada del fallo antecedente. Empero, esta postura significa desconocer la importancia de las premisas fácticas en los fallos de constitucionalidad y

adoptar una visión rígida y estática de la labor del juez constitucional, cuando la mayor parte de la doctrina y la práctica de los tribunales constitucionales en el derecho comparado evolucionan en sentido contrario<sup>62</sup>, como se verá a continuación.

En primer lugar, la jurisprudencia de esta Corporación; si bien ha insistido en la importancia de la figura de la cosa juzgada, la cual tiene como función garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, pues a través de ella se obliga a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan, impidiendo que un mismo asunto sea estudiado y fallado nuevamente por la autoridad judicial, en oportunidad diferente y de distinta manera; ha admitido que en ciertos casos, ante la importancia de los derechos e intereses en juego, se puedan reabrir cierto tipo de procesos cuando con posterioridad a la sentencia surjan elementos probatorios relevantes.

Así, en un fallo reciente, la sentencia C-622 de 2007, declaró exequible el artículo 35 de la Ley 472 de 1998 “en el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentes que pudieran variar la decisión anterior”.

Se sostuvo que cuando se trata de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de los derechos e intereses colectivos implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la violación de tales derechos que aunque habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de vulneración de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, frente a una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren dicha vulneración.

Los anteriores razonamientos son plenamente aplicables al debate sobre la posibilidad de emprender un nuevo examen de constitucionalidad sobre los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002. En efecto, a pesar de que la configuración de la acción pública de inconstitucionalidad difiere de la acción popular, hay un punto en el cual coinciden ambos instrumentos procesales: la importancia de las pruebas para adoptar la decisión, pues no puede afirmarse que en el juicio de constitucionalidad los datos empíricos no sean un elemento relevante para fallar. Máxime cuando el juez constitucional cada vez es más proclive a emplear instrumentos como el juicio de proporcionalidad, en el cual la evaluación de las premisas fácticas tiene lugar durante distintas etapas del examen de constitucionalidad. Así, en primer lugar, hacen parte del denominado subprincipio de idoneidad, cuando se evalúa la adecuación medio-fin de la medida examinada, en otras palabras, si ésta es conducente para conseguir la finalidad que persigue; posteriormente cuando se examina la proporcionalidad en sentido estricto de las disposiciones demandadas, nuevamente son relevantes las premisas fácticas pues éstas permiten evaluar el grado real de afectación o de satisfacción de las medidas legislativas sobre los derechos en juego.

Por lo tanto la aparición de nuevos elementos probatorios trascendentes que puedan variar el sentido de la providencia anterior debe producir los mismos efectos frente a una sentencia de constitucionalidad declaratoria de la exequibilidad de los preceptos examinados y por lo

tanto los ciudadanos pueden interponer nuevamente la acción pública de inconstitucionalidad. Eso significa que esta posibilidad se reduce a aquellos casos en los cuales la Corte Constitucional ha declarado exequible una disposición basada en los elementos probatorios disponibles al momento de adoptar la decisión y aparezcan nuevas pruebas, más no en aquellos casos en los cuales una disposición ha sido declarada inexecutable o haya sido condicionado su contenido normativo.

Ahora bien, siguiendo el precedente fijado en la sentencia C-622 de 2007, no puede ser cualquier elemento probatorio el que permita cuestionar los efectos de cosa juzgada de una sentencia previa, sino solamente las pruebas trascendentes, y por lo tanto al juez competente le corresponde apreciar la importancia de los nuevos elementos probatorios invocados en la nueva demanda. De la anterior premisa se deriva una importante consecuencia: Para que la aparición de pruebas trascendentes pueda plantear dudas sobre un fallo previo se requiere precisamente que en la anterior sentencia de constitucionalidad la evaluación de los hechos o de circunstancias fácticas haya incidido de manera determinante en el sentido del fallo adoptado, es decir, la declaratoria de exequibilidad haya sido determinada por la ausencia de elementos probatorios y no por otro tipo de razones, en esa medida el juez posterior no puede decidir discrecionalmente la reapertura de un debate jurídico zanjado sino sólo en aquellos casos cuando la decisión anterior deje abierta esta posibilidad.

Al respecto cabe recordar que en ocasiones anteriores esta Corporación ha admitido un nuevo examen de constitucionalidad de disposiciones previamente declaradas executables, respecto de cargos similares a los previamente examinados, como ocurrió por ejemplo en la sentencia C-075 de 2007, en la cual se examinaron algunas disposiciones de la Ley 54 de 1990 que previamente habían sido declaradas executables en la sentencia C-098 de 1996. Si bien la normatividad acusada había sido objeto de una reciente modificación legislativa que tornaba discutible la configuración de cosa juzgada respecto del fallo precedente<sup>63</sup>, en todo caso la Corte Constitucional adujo que la posibilidad de un nuevo examen también derivaba de la redacción de la decisión previa, pues en la sentencia C-098 de 1996 como colofón de la argumentación que llevó a declarar la exequibilidad de los preceptos demandados se consignó lo siguiente:

Por último, la omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido.

Este cierre argumental sirvió de fundamento para que la Corte, con ocasión del nuevo examen de constitucionalidad afirmara que la Sentencia C-098 de 1996, no sólo había restringido expresamente el ámbito de su pronunciamiento, limitándolo a la finalidad protectora de la mujer y de la familia presente en la Ley 54 de 1990, sino que también “dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, cuando quiera que fuere posible advertir que de la aplicación del régimen legal, entre otras hipótesis, se deriva un impacto negativo para los homosexuales”, cual era el problema planteado en la nueva

demanda de inconstitucionalidad.

La posibilidad de una nueva revisión de disposiciones previamente declaradas exequibles cobra más fuerza cuando se trata de preceptos de carácter económico, pues en este ámbito las cambiantes circunstancias fácticas pueden obligar al juez constitucional a reconsiderar la constitucionalidad de disposiciones inicialmente declaradas exequibles, so pena de perpetuar situaciones vulneradoras de derechos fundamentales. En efecto, medidas económicas que en su momento pudieran parecer ajustadas a los preceptos constitucionales por pretender alcanzar fines constitucionalmente legítimos pueden revelarse con el paso del tiempo inadecuadas para conseguir los propósitos perseguidos, caso en el cual, de afectar otros derechos y principios constitucionales -pues en todo caso se trata de un juicio de constitucionalidad y no un examen de conveniencia o de efectividad de políticas económicas-, deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

Esta posibilidad de permitir nuevos debates de constitucionalidad de disposiciones que ya han sido objeto de control no es extraña en el derecho comparado, cabe citar a manera de ejemplo la modalidad de “sentencias apelativas” -denominadas por la doctrina italiana “sentencias de todavía constitucionalidad”- adoptadas por el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Constitucional Italiana, mediante las cuales el juez constitucional constata que la norma controlada todavía es constitucional en el momento de dictar la sentencia, aunque en un futuro puede devenir inconstitucional, de allí que se dirija un llamado al legislador para evitar a tiempo, adoptando medidas legislativas, la declaratoria de inconstitucionalidad, dicho emplazamiento tiene lugar cuando la situación todavía es constitucional aunque dejará de serlo en el futuro. De esta manera se abre la posibilidad de examinar nuevamente la disposición legal para pronunciarse en la segunda oportunidad de manera definitiva sobre su constitucionalidad.

Tampoco es extraño que en el derecho comparado que se entienda que las únicas sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada formal y material son las sentencias que declaran la inconstitucionalidad, y no aquellas que declaran la exequibilidad de las disposiciones examinadas, de manera tal que el mismo recurrente puede volver a solicitar la juez constitucional que verifique la constitucionalidad de una disposición que ya ha sido objeto de control. Así, el Tribunal Constitucional de Portugal ha sostenido que “las únicas sentencias que son capaces de precluir la posibilidad de una nueva apreciación judicial de la constitucionalidad de una disposición son las que, siendo pronunciadas en sede de control abstracto sucesivo de constitucionalidad, declaran su inconstitucionalidad”, se ha entendido que esto “es consecuencia de la naturaleza del control de constitucionalidad, que consiste en apreciar y declarar (o no) la inconstitucionalidad, y no en declarar la constitucionalidad”<sup>64</sup>. En otros países el efecto de cosa juzgada material de las decisiones desestimatorias es ampliamente matizado, pues se pone de manifiesto que la función pacificadora de la justicia constitucional debe hacerse compatible con el carácter dinámico de la interpretación constitucional y la consiguiente posibilidad de instar a la revisión de la doctrina de los tribunales constitucionales<sup>65</sup>.

Ahora bien, en la sentencia C-038 de 2004 están presentes todos los elementos antes mencionados que permiten realizar un nuevo examen de constitucionalidad de las disposiciones previamente declaradas exequibles. En primer lugar, la Corte para establecer

la exequibilidad de las disposiciones acusadas adelantó un juicio de proporcionalidad, técnica argumentativa en la cual los datos empíricos tiene gran importancia para determinar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas examinadas, como antes se consignó<sup>66</sup>. En segundo lugar a lo largo de la sentencia hay constantes alusiones a la falta de información relevante sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo y a que el sentido de la decisión adoptada podría variar de disponerse de tal información<sup>67</sup>. En esa medida la actual disponibilidad de datos reales sobre los efectos de la reforma laboral es una prueba trascendente que permite realizar un nuevo examen de constitucionalidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Un argumento adicional propuesto por el demandante y la Vista Fiscal para justificar la posibilidad de examinar nuevamente las disposiciones legales en cuestión, es la que la Ley 789 de 2002 tiene unas características especiales que permiten su revisión periódica pues sus artículos 45 y 46 prevén su evaluación, pasados dos años a partir de su entrada en vigencia, por una “Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo”, a partir del informe presentado por dicha Comisión, el Gobierno Nacional presentaría al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan tenido efectos prácticos en la generación de empleo. De estas previsiones legales deducen el actor y el Procurador General de la Nación una suerte de vigencia precaria de la Ley 789 de 2002, cuyas disposiciones deben ser evaluadas periódicamente con el propósito de determinar sus reales efectos en la generación de empleo, no sólo por el Congreso sino también por este Tribunal. La Corte Constitucional no comparte este razonamiento, pues la Ley 789 de 2002 no tiene una modalidad de vigencia especial que la diferencie de las demás leyes, en esa medida el procedimiento señalado en sus artículos 45 y 46 para su eventual reforma es simplemente eso y no una cláusula especial sobre sus efectos temporales.

No obstante, la previsión legal de la evaluación de los efectos de la ley a los dos años de su entrada en vigor tuvo como consecuencia que la Corte Constitucional, en la sentencia C-038 de 2004, vertiera algunos pronunciamientos que justifican un nuevo examen de constitucionalidad de las disposiciones acusadas. En efecto, se consideró que la evaluación y debate a que estaban sujetas las reformas, lo que incluso podía conducir a la derogación de aquellas medidas que hubiesen sido eficaces en la promoción del empleo, era un elemento temporal que contribuía “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”<sup>68</sup>.

En ese orden de ideas una de las razones que condujo a la declaración de exequibilidad de la Ley 789 de 2002 es que aquellas disposiciones que no produjeran los efectos de promover la generación de empleo, serían retiradas en el futuro del ordenamiento jurídico, en principio por los mecanismos previstos en los artículos 45 y 46 mencionados, lo que no excluye la actuación del juez constitucional en caso tal que la vía legal resulte infructuosa.

Ahora bien, se podría objetar que el mecanismo previsto por la ley ya fue agotado, pues la “Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo” ya rindió

su informe al Congreso, en el cual no recomendaba la modificación ni la derogación de ninguna de las medidas adoptadas en la reforma laboral<sup>69</sup>, no obstante en dicho informe se recomendaba “monitorear constantemente los resultados de las diversas medidas”<sup>70</sup>, labor que en principio corresponde por supuesto ejercer al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, pero que en definitiva puede realizar el juez constitucional por estar en juego los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por las razones anteriormente expuestas se justificaba realizar un nuevo examen de constitucionalidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

2. El parámetro de control de las disposiciones acusadas y la obligación estatal de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Para examinar la constitucionalidad de los artículos demandados resultan relevantes no sólo los preceptos constitucionales que hacen referencia al derecho al trabajo, sino también los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues del conjunto de estas disposiciones derivan “los principios constitucionales del trabajo, los cuáles limitan la libertad de configuración del Legislador en este ámbito”<sup>71</sup>.

Ahora bien, la lectura del artículo 93 constitucional, del cual se ha válido la Corte Constitucional para introducir en nuestro ordenamiento constitucional la figura del bloque de constitucionalidad, arroja que es un precepto constitucional que tiene dos contenidos normativos claramente diferenciados. En primer lugar, hace referencia a cierto tipo de tratados internacionales de derechos humanos –aquellos que prohíben su limitación bajo los estados de excepción– a los cuales les otorga una especial status: prevalecen en el orden interno. En segundo lugar hace referencia a todos los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales cumplen una función interpretativa de los derechos constitucionales.

No obstante, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido entre los enunciados normativos del artículo 93 y ha entendido que todos los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y hacen 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”<sup>72</sup>. 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”<sup>73</sup>. Empero la jurisprudencia más reciente ha introducido algunas precisiones en relación con los convenios de la OIT<sup>74</sup>.

Además de los tratados, pactos y convenciones existen los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del así denominado por la doctrina anglosajona soft law<sup>75</sup>. Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tienen un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tienen un carácter vinculante, a diferencia de los tratados, por lo tanto no es correcto afirmar que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Cosa distinta es que esta Corporación haya sostenido que ciertos documentos que hacen parte del soft law tienen una utilidad interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores”<sup>76</sup>, o el “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”<sup>77</sup>, y por lo tanto hayan sido empleados para establecer el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos. En esa medida los documentos que hacen parte del soft law no son entendidos con un carácter vinculante directo, como integrantes del bloque de constitucionalidad, sino con una función interpretativa en la medida en que recopilan principios contenido en tratados internacionales y normas consuetudinarias de derechos humanos, estos si, disposiciones vinculantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>78</sup>.

Entonces, no le asiste razón al demandante cuando afirma que los Principios de Limburgo<sup>79</sup> y los Principios de Maastricht<sup>80</sup> integran el bloque de constitucionalidad en este caso concreto. Si bien se trata de documentos internacionales relevantes en materia de derechos económicos sociales y culturales, en la medida en que fueron elaborados por expertos y contienen un importante desarrollo doctrinal de la materia, no tiene fuerza vinculante directa, aunque pueden ser empleados como una herramienta interpretativa del alcance de los derechos establecidos en el PIDESC y en el Protocolo de San Salvador y de las obligaciones del Estado colombiano en la materia. Estos últimos si instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Hecha la anterior precisión, cabe recordar que en la sentencia C-038 de 2004 se hizo un exhaustivo recuento de las disposiciones constitucionales y de los tratados de derechos humanos que integran el parámetro de control de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002. Debido a que la reforma laboral compromete, por una parte, los principios mínimos de derecho al trabajo, al establecer medidas que inciden en materias tales como la duración de la jornada laboral, el concepto de trabajo nocturno, el derecho al descanso remunerado, la indemnización por despido injusto, están en juego los artículos 25 y 53 constitucionales, el artículo 7 del PIDESC, los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador y los Convenios de la OIT relevantes en la materia (como por ejemplo los Convenios No 41 de 1934, No 89 de 1948 y No. 79 de 1946 relevantes interpretativamente para establecer la definición de trabajo nocturno; el Convenio No. 01 de 1919 sobre horas de trabajo en la industria; el Convenio No. 30 de 1930 sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas; el Convenio 14 de 1921 sobre el descanso semanal).

Por otra parte, la reforma laboral supone un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues disminuye las garantías laborales de los trabajadores en comparación con la regulación anteriormente vigente, de manera tal que están en juego la cláusula de Estado Social de Derecho (Art. 1 C. P.), el mandato constitucional de protección del trabajo y de cumplimiento de los deberes sociales del Estado (preámbulo de la Constitución; artículos 1, 2 y 25 constitucionales), al igual que los artículos 2.1 del PIDESC<sup>81</sup>, 1.1 del Protocolo de San Salvador<sup>82</sup> y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>83</sup>, los cuales establecen respectivamente la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

El mandato de progresividad, que se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, tiene dos contenidos complementarios<sup>84</sup>, por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad, así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que “el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo”<sup>85</sup>. Adicionalmente también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta última comprensión implica como contrapartida la obligación estatal de no regresividad, la cual ha sido interpretada doctrinal<sup>86</sup> y jurisprudencialmente<sup>87</sup> en el sentido 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”<sup>88</sup>, lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.

Se trata, sin embargo, de una prohibición prima facie, porque “los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado (...). 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”<sup>89</sup>.

En fecha más reciente esta Corporación sintetizó en los siguientes términos el alcance de la prohibición de regresión “la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.<sup>90</sup>”

Ahora bien, en el caso decidido en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008 se trata de una regresión normativa<sup>91</sup>, pues la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 supuso una disminución de las garantías laborales de los trabajadores respecto de la normatividad previamente existente. Así fue reconocido por esta Corporación en la sentencia C-038 de 2004, no obstante para mayor claridad expositiva el siguiente cuadro comparativo permite apreciar el retroceso en cuestión:

Normatividad previa

Ley 789 de 2002

Texto original del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTÍCULO 160. TRABAJO DIURNO Y NOCTURNO. 1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las dieciocho (6 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m) y las seis (6 a.m.).

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

Artículo 160. 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.).

Texto modificado por la Ley 50 de 1990:

ARTÍCULO 179. REMUNERACION. 1. El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas sin perjuicio del salario ordinario a que tengan derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

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 esta ley.

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.

Texto modificado por la Ley 50 de 1990:

#### ARTÍCULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.

1. 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.

2. 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.

3. 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). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año;

b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARAGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o. del artículo 8o. del Decreto - ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.

5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.

6. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura. (Ojo ver sentencia C-1507 de 2000)

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;

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 párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.

Texto original del Código Sustantivo del Trabajo:

c) En las empresas, factorías o nuevas actividades que se establezcan a partir de la vigencia de esta ley, el empleador y los trabajadores 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.

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.

Una comparación entre la normatividad anterior y la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 permite constatar lo siguiente:

\* El artículo 25 de la Ley 789 de 2002 modifica el concepto de trabajo diurno al extenderlo hasta las 10 p. m. Lo anterior implica que por las horas trabajadas entre las 6 p. m. y las 10 p.m. los trabajadores dejan de recibir un recargo del 35%.

\* El artículo 26 de la Ley 789 de 2002 reduce en un 25% el recargo por trabajo dominical o en los días festivos. Adicionalmente introduce una distinción entre el trabajo dominical ocasional y trabajo dominical habitual que no estaba presente en la legislación anterior, la cual a su vez tiene incidencia en los descansos compensatorios.

\* El artículo 28 de la Ley 789 de 2002 reduce sustancialmente los montos de la indemnización por despido injusto, por lo cual constituye un retroceso en la protección del

derecho a la estabilidad del empleo.

\* La flexibilización de la jornada laboral prevista por el artículo 51. Tiene dos consecuencias: (1) Jornadas diarias flexibles: El empleador y el trabajador pueden acordar días de trabajo de un mínimo de 4 horas continuas y un máximo de 10, hasta completar 48 horas semanales, sin que ello de lugar a recargos por trabajo extra dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m. Anteriormente la jornada de trabajo si tenía una duración efectiva inferior a 8 horas, no admitía compensaciones en términos de tiempo, y si se extendía de las 8 horas diarias, generaba un recargo por tiempo suplementario. (2) Jornada de 36 horas semanales: con esta jornada el trabajador labora 6 horas diarias y recibe un salario correspondiente a 8. No tiene derecho a los recargos por dominicales, festivos y por jornada nocturna, con la Ley 789 su aplicación se extiende a todas las empresas y no solamente a las que se establecieron a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990.

Se tiene entonces que, tal como se reconoció previamente en la sentencia C-038 de 2004, la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 supuso un retroceso en las garantías laborales y en esa medida significa una vulneración de la obligación de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales del Estado colombiano. Sin embargo, como previamente se consignó está no es una obligación absoluta sino una obligación prima facie y por lo tanto las medidas regresivas pueden estar justificadas.

La jurisprudencia constitucional coincide en señalar que para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva en materia de derechos económicos, sociales y culturales ésta debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, técnica empleada en la sentencia C-038 de 2004. En esta decisión se encontró que las medidas eran idóneas porque apuntaban a una finalidad constitucionalmente legítima, cual era favorecer la empleabilidad, es decir, la generación de empleo, y que debido a que existía un margen de incertidumbre entorno a su adecuación para alcanzar tales fines, debía respetarse la libertad de configuración del legislador en el diseño de políticas económicas. También se encontró que las medidas eran necesarias y proporcionales en sentido estricto, pues no afectaban desproporcionadamente los principios constitucionales y los instrumentos internacionales que integraban el bloque de constitucionalidad.

No obstante, el cargo planteado por el demandante es la falta de idoneidad de las medidas introducidas para la generación de empleo, es decir la ausencia de adecuación medio-fin, la cual afirma que se demuestra con nuevos estudios adelantados sobre los efectos de la Ley 789 de 2002 en la generación de empleo. En esa medida el examen de los datos empíricos disponibles sobre las consecuencias de la citada ley es imprescindible para resolver los cargos formulados en la demanda, cuestión que se aborda en el capítulo siguiente de este salvamento.

### 3. Los estudios sobre los efectos de la Ley 789 de 2002 en el mercado laboral colombiano.

Hasta la fecha se han realizado diversos estudios sobre los efectos de la reforma introducida por la Ley 789 de 202 y sus consecuencias en el mercado laboral, los cuales han arrojado conclusiones distintas. En primer lugar cabe mencionar cuatro estudios que sirvieron de insumo a la Comisión de de seguimiento a las políticas de generación de empleo de la Ley 789 de 2002 para elaborar el informe “Evaluación integral de la política general de empleo y

los principales componentes de la reforma laboral período 2003-2004”, presentado en marzo de 2005. Dichos estudios son los siguientes: (i) “Éxitos y fracasos de la Reforma laboral” elaborado por Jairo Núñez Méndez - Universidad de los Andes-; (ii) “Los efectos de la Reforma Laboral de 2002 en el Mercado Laboral Colombiano” elaborado por Verónica Amarante y Rodrigo Arim; (iii) “La Reforma Laboral de 2002: ¿funcionó o no?” de Alejandro Gaviria; (iv) “Impacto de la Reforma Laboral sobre la generación y la calidad del empleo” elaborado por Hugo López Castaño, Remberto Rhenals Monterrosa y Elkin Castaño Vélez. Por último en fecha reciente salió a la luz el estudio elaborado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional “Evaluación de la Reforma laboral” de abril de 2007, cuyos resultados sirvieron de fundamento para la presentación de la demanda que dio lugar a este proceso.

Ahora bien, estos estudios constituyen las premisas fácticas relevantes en este caso, pues son análisis serios y ponderados de los resultados de la reforma laboral del año 2002 en la generación de empleo<sup>92</sup>. Nótese que aun el Ministerio de la Protección Social al ser requerido sobre los resultados de la Ley 789 de 2002 hace referencia a estos trabajos investigativos, de ahí el valor probatorio que se les reconoce en este proceso<sup>93</sup>. Sin embargo, debido a que las conclusiones de cada estudio difieren notablemente, a continuación se hará una breve presentación de los resultados de cada uno de ellos.

El borrador del estudio “Éxitos y fracasos de la Reforma laboral” elaborado por Jairo Núñez Méndez - Universidad de los Andes- fue presentado en diciembre de 2004. Este trabajo pretende medir el impacto de la reforma sobre el mercado laboral mediante la utilización de las variables de duración del empleo y del desempleo. En primer lugar este estudio concluye que la duración del desempleo cae fuertemente entre 2004 y 2002, atribuye esta consecuencia a que la reforma laboral entro en vigencia en abril de 2003. Sostiene que la probabilidad de encontrar empleo en el sector formal se incrementó en el mismo período en un 6% como consecuencia de la reforma. Por lo tanto afirma que los cambios en la legislación laboral ayudaron a formalizar la economía y a mejorar la calidad del empleo. Para respaldar las conclusiones recurre a los siguientes datos: las afiliaciones al régimen contributivo del sistema de seguridad social se incrementaron. Asevera que la duración del empleo aumentó en aquellos sectores en los cuales se esperaba que la reforma tuviera un alto impacto, tales como en los sectores de servicios y servicios financieros en el cual se registró una reducción de la probabilidad de despido cercana al 25%, respecto de los otros sectores, mientras que en el comercio y la industria se registró una reducción de la probabilidad de despido cercana al 10%.

El estudio “Los efectos de la Reforma Laboral de 2002 en el Mercado Laboral Colombiano” elaborado por Verónica Amarante y Rodrigo Arim fue presentado en marzo del año 2005, utilizó una metodología distinta pues intentó aislar el efecto de la reforma económica distinguiendo entre los individuos -trabajadores- que se encontraban expuesto a la intervención en el mercado laboral -mediante reforma laboral- y aquellos que no lo estaban, para ello empleó una formula según la cual el efecto de la reforma económica era la diferencia entre el cambio en la variable “condición de empleo” en el tiempo observado en el grupo de trabajadores afectados por la reforma, atribuible a varios factores entre los que se incluye la reforma laboral, y el cambio en la variable “condición de empleo” en el grupo de individuos no afectados por la reforma que obedece a esos mismos factores excluyendo la

reforma laboral.

Este trabajo concluye que la reforma laboral tuvo efectos positivos sobre la probabilidad de empleo y el nivel de remuneraciones promedio y estaría desincentivando el trabajo bajo condiciones de informalidad laboral. Las horas promedio de trabajo por ocupado habrían disminuido. Mientras que se presentaría una disminución en la cantidad de horas trabajadas, consideran los investigadores que esto podría indicar “que las firmas estarían procesando un ajuste en la combinación de número de empleados y horas trabajadas”<sup>94</sup>. La flexibilización de la jornada laboral y la reducción de los costos de despido estarían permitiendo adaptar mejor la cantidad de trabajo realizada por cada empleado en función de las necesidades de la firma, lo que estaría generando incentivos para la contratación de personal en condiciones de mayor flexibilidad horaria. Sostienen así mismo que “...la caída de los costos de despido puede explicar el aumento en el nivel de remuneraciones, desde que parte de la disminución de los costos laborales esperados se transfieren al trabajador a través de los salarios”<sup>95</sup>.

En todo caso según este trabajo los efectos de la reforma “no son homogéneos entre trabajadores con distinto nivel de capital humano. Así, para los trabajadores más calificados no se encuentra evidencia que la reforma haya afectado la posibilidad de encontrarse empleado, pero el impacto sobre su nivel salarial es sustancialmente mayor que el observado para el resto de los ocupados. A su vez, entre estos trabajadores no se encuentran efectos sobre las horas trabajadas. Sin embargo, la reducción del grado de informalidad se concentra en este grupo de ocupados, lo que indica que si bien la reforma no estaría afectando el nivel de empleo entre los trabajadores más educados, si habría mejorado la calidad de puestos de trabajo que ellos ocupan, al incrementar el grado de sujeción a la normativa laboral imperante. En este sentido, la evidencia recogida para este grupo parece señalar que los costos de despido y las regulaciones sobre la extensión de la jornada de trabajo tienen efectos fundamentales sobre el nivel de remuneraciones, mientras que los efectos sobre la cantidad de trabajo contratado no serían significativos. Estas constataciones se encuentran en línea con la evidencia internacional, ya que las regulaciones laborales suelen racionar la cantidad de trabajo contratada entre los trabajadores con menores calificaciones”<sup>96</sup>.

Por último concluye que los ocupados con un nivel de calificación bajo o intermedio se habrían visto favorecidos por la reforma a través de un aumento significativo en la probabilidad de encontrarse empleado y, en menor medida, por un impacto positivo sobre sus remuneraciones, aunque no se encontraron efectos sobre el grado de informalidad ni sobre la probabilidad de desempleo. En todo caso el estudio arroja que los efectos de la reforma laboral no fueron significativos en ningún grupo de ocupados, clasificados según su nivel educativo, en la probabilidad de desempleo.

El estudio “La reforma laboral de 2002: ¿funcionó o no?” de Alejandro Gaviria, utilizó una estrategia empírica diferente, en primer lugar examinó la evolución de las variables de ocupación, formalización y desempleo en el período 2001-2004 en las trece principales áreas metropolitanas del país, además evaluó las diferencias en la generación de empleo por rama de la actividad económica, así como las diferencias en la formalización del empleo según las características demográficas de los ocupados. En segundo lugar el autor intentó aislar los efectos de la reforma para lo cual partió de dos supuestos cruciales: (i) que éstos son mayores en el comercio y en los servicios que en la manufactura, (ii) que son mayores en las

empresas grandes y medianas que en las pequeñas. En síntesis la estrategia empírica empleada consistió en comparar los resultados antes y después de la reforma para el sector de servicios (o comercio) y luego comparar con la diferencia obtenida en el sector manufacturero. Realizó un ejercicio similar comparando las empresas grandes y medianas con las pequeñas. El estudio llega a las siguientes conclusiones:

- \* La reforma tuvo un efecto sustancial en la contratación de aprendices.
- \* Los resultados sugieren que la reforma pudo haber ayudado a disminuir el subempleo por deficiencia de horas. Se sostiene que “[l]a disminución del subempleo y el aumento de horas trabajadas con posterioridad a la reforma, en particular en el sector servicios, apuntan en esta dirección. Este resultado puede asociarse con la disminución de los costos laborales ocasionada por la extensión de la jornada diurna de trabajo”<sup>97</sup>.
- \* Los resultados no sugieren un efecto sustancial de la reforma sobre la generación de empleo. En el informe se consigna que “[t]anto la evidencia directa, basada en las respuestas de los representantes de las empresas entrevistadas, como la evidencia indirecta, basada en las diferencias sectoriales medidas a partir de la ECH, indican que los efectos sobre el empleo fueron marginales. La reforma laboral fue mencionada como un factor determinante para la generación de empleo por un porcentaje irrisorio de los encuestados. Y las diferencias sectoriales en la probabilidad de ocupación no son consistentes con lo que debería esperarse. Con todo, los resultados son negativos y claramente inconsistentes con la cifra de 200.000 empleos por año citada durante la discusión parlamentaria”<sup>98</sup> (negritas agregadas).
- \* Los resultados tampoco sugieren un efecto de la reforma sobre la formalización del empleo. Al respecto se concluye que “Las diferencias sectoriales y las diferencias entre empresas grandes y pequeñas en los porcentajes de afiliación a la seguridad social así lo señalan. Al mismo tiempo, la evidencia muestra que los avances recientes en la formalización del empleo no beneficiaron mayoritariamente a la población más vulnerable”<sup>99</sup>.

El estudio “Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad de empleo” elaborado por Hugo López Castaño, Remberto Rhenals Monterrosa, Elkin Castaño Vélez, de la Corporación para el Desarrollo de la Investigación y la Docencia económica para el Ministerio de la Protección Social, arriba a conclusiones diferentes. Como punto de partida reconoce la dificultad de estimar el impacto de la reforma laboral sobre la cantidad y calidad de empleo por haber coincidido con una expansión de la actividad económica y la aprobación de otras reformas con efectos sobre el mercado laboral, a pesar de esas dificultades intenta aislar los efectos de la reforma. En primer lugar formula la hipótesis que la reforma laboral acentuó la generación de nuevos empleos producida por el incremento en el PIB, a juicio de los investigadores “si los mercados se expanden, una flexibilidad mayor y costos laborales menores pueden acentuar la generación de nuevos empleos”. Luego de estudiar distintas variables llega a la conclusión que la reforma junto con otros posibles cambios del mercado laboral (pero a juicio principalmente la reforma) supuso un incremento del 3.4% en el empleo en las siete principales áreas metropolitanas del país entre el primer trimestre de 2003 y el segundo trimestre de 2004, de manera tal que la reforma habría generado en ese período

unos 219.000 empleos, “y si se extrapolara esta cifra (el 3,4%) al caso de las 13 principales áreas metropolitanas, la reforma (y otros cambios estructurales del 2003) explicarían unos 260.000 empleos de los cerca de 7,8 millones de empleos medios 2003-1 a 2003-4”<sup>100</sup>, añaden que el impacto de la reforma tiende a amortiguarse a partir del año 2004, pero que esta amortiguación recoge la recuperación de los “salarios no calificados” que comienza a producirse en este último año; concluye que “es previsible que, aunque los el PIB urbano siguiera creciendo como lo está haciendo a la misma tasa del año pasado, el empleo futuro no aumente tanto en el futuro y que los impactos de la reforma sobre el volumen de la ocupación tienda a amortiguarse todavía más. Por eso la cifra esperada por el Gobierno (486.000 empleos en cuatro años) luce exagerada”<sup>101</sup>.

Sostiene que la reforma produjo un incremento innegable en la calidad de empleo en las grandes ciudades, pues por una parte el empleo se ha venido renormalizando de manera acelerada pues paso del 40% en el 2002 al 42,6% en el 2004. También aumentó el grado de salarización del empleo en 2.1 puntos porcentuales del 2002 al 2004. Ha disminuido el empleo informal y ha aumentado el número de trabajadores cubiertos por la seguridad social. Sugiere que la mayor parte de los efectos de la reforma se produjeron en virtud de la extensión de la jornada diurna y la disminución de los recargos a los dominicales y festivos, a pesar que la metodología empleada en el estudio no permite discriminar los efectos de cada uno los componentes de la reforma, sin embargo, se apoya en la encuesta realizada por el Ministerio de la Protección Social a 200 empresas para llegar a esta conclusión. Encuentra que si bien el impacto de la reforma en cuanto a la duración de la jornada semanal es desigual, en casi todas las ocupaciones creció el salario real por mes y por hora y la cobertura de la seguridad social. Adicionalmente concluye que la estabilidad en el empleo asalariado ha comenzado a elevarse en las empresas de más de diez trabajadores en virtud de la reducción de los costos de despido.

El estudio más reciente sobre los resultados de la reforma laboral fue elaborado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional “Evaluación de la Reforma laboral” presentado en abril de 2007. Este estudio, parte del examen de los trabajos previos realizados, a los cuales se hizo previamente alusión, y demuestra las dificultades que se desprende de los modelos empleados en los distintos trabajos que conducen a examinar con cautela sus resultados<sup>102</sup>, en todo caso llega a la conclusión que la metodología más acertada para medir los impactos de la reforma es la empleada en el estudio de Alejandro Gaviria.

Para medir los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo formula la siguiente premisa: “si la tasa de desempleo presentó una tendencia hacia la baja, la explicación de dicha caída puede ser consecuencia de dos hechos: el primero que hubo una disminución en la tasa global de participación; y el segundo que se presentó un aumento en la tasa de ocupación”. Esto quiere decir lo siguiente. En el primer caso, las personas que estaban buscando un empleo y no lo hallaron, tomaron la decisión de no seguirlo buscando, y en el segundo caso, las empresas aumentaron la demanda de trabajo, producto de una recuperación económica o por efectos de algún hecho exógeno como por ejemplo: la reforma laboral”. Luego de análisis de distintas variables arriba a la siguiente conclusión: “la disminución de la tasa de desempleo presentó una variación empujada en mayor proporción por un desanimo de la fuerza laboral mas que por un incremento substancial de la tasa de

ocupación. En otras palabras, el comportamiento de estos indicadores muestra que la caída de la tasa de desempleo tiene un mayor asidero en el desestímulo de las personas que buscaban trabajo, que en el propio crecimiento de la economía, o de algún efecto exógeno ligado a la reforma laboral.”

Respecto de los efectos de la reforma en la formalización del empleo concluye que no hay evidencia clara al respecto pues “Si bien ha habido tasas de sustitución positivas en algunos años, tanto en el sector formal como en el informal, también las hay negativas. En el 2003 la mayor dinámica la presentó el total ocupados del sector formal. No obstante, las tasas de crecimiento de la industria y el comercio del sector informal fueron superiores a las del sector formal. Por eso es que las tasas de sustitución de estos dos sectores son bajas para el 2003. En el 2004 la dinámica es totalmente del sector formal. Las tasas de sustitución son altas, pero esto también tiene que ver con las bajas tasas de crecimiento del sector informal. Y en el 2005, la dinámica total tiene mayor ventaja en el sector informal. En efecto, mientras la tasa de crecimiento del sector informal es del 5.10%, la del sector formal es de 4.7%. El sector de servicios de los ocupados informales presentó un mayor crecimiento que el de los formales, de ahí su baja tasa de sustitución”.

En lo que hace relación a la calidad de empleo el informe examina las siguientes variables: (i) salarios, esta variable muestra un mayor crecimiento del factor de mala calidad, pues “[e]s notorio que en el año 2004, la mala calidad de los salarios aumentó en un 44%, por encima del 36% del factor de buena calidad. Y en el 2005 sucede lo contrario: hay un mayor crecimiento del factor de buena calidad”; (ii) salud, el cual muestra una mayor dinámica de crecimiento del factor de buena calidad; (iii) el componente de pensiones refleja una caída del factor de mala calidad y un aumento del de buena calidad, aunque sus tasas de crecimiento son variantes; (iv) el cuarto componente corresponde al número de horas trabajadas y, según el estudio, presenta tasas de crecimiento positivas para el factor de mala calidad, pero inestables. Del anterior análisis concluye el informe que no hay estabilidad de las tasas de crecimiento que muestren una tendencia sostenida de la calidad de empleo a partir de la vigencia de la Ley 789 de 2002.

Más adelante consigna sus observaciones finales de la Ley 789 de 2002 Se destacan como las más relevantes las siguientes:

- \* No existe evidencia convincente que demuestre que los movimientos que presentó la tasa de desempleo hacia la baja hayan sido ocasionados por el aumento de la demanda laboral.
- \* No existe una tendencia sostenida que muestre un aumento del empleo formal y una baja del empleo informal. Las tasas de crecimiento del mercado formal e informal, han tenido comportamientos tanto positivos como negativos.
- \* El subempleo y la insuficiencia de ingresos sufrieron un cambio hacia el aumento en el primer trimestre de 2003 y se han sostenido hasta el cuarto trimestre del 2005.
- \* Los indicadores laborales no han tenido una tendencia definida, que permita esgrimir que la reciente reforma laboral produjo cambios en el mercado. Esos cambios podrían estar

explicados más bien por factores inherentes al propio crecimiento económico o por causa de los mismos vaivenes que caracterizan el mercado laboral y no por factores exógenos propios o característicos de la reforma laboral.

\* El empleo en Colombia había estado creciendo antes de la reforma. Se podría señalar que ante la incertidumbre de las cifras, los cambios metodológicos en las cifras del mercado laboral se sobreestima la fecha de crecimiento del empleo. No obstante se debe observar que si estas cifras se utilizaron en su momento para mostrar avances en la política económica y social del gobierno, también pueden utilizarse para mostrar que en el largo plazo no hay tal avance.

\* El efecto reforma es nulo si el empleo se estudia en niveles, pero si se toman los ciclos del empleo en función del PIB y se incluye una variable dicotómica (0 ó 1) para la reforma o reformas, ésta pudo haber agregado 77.796 empleos.

\* Aunque el empleo formal parece haber crecido a expensas de los cambios metodológicos, el quiebre de su tendencia descendente coincide con los ajustes en la metodología, a partir de allí se agrega un poco menos de 44.000 empleos cada trimestre.

El trabajo del Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional contiene un análisis específico de los efectos producidos por la reforma en el sector de la vigilancia, el cual arrojó las siguientes conclusiones:

\* La ley 789 de 2002 se orientó a flexibilizar el mercado laboral, aumentando la duración de la jornada diurna y disminuyendo los recargos por concepto de nocturnos, dominicales, festivos y horas extras.

\* Esta reforma que buscaba aumentar el empleo formal, puede ser vista en un principio por sectores que emplean gran cantidad de mano de obra como un gran ahorro para las empresas y una pérdida de ingresos por parte de los trabajadores.

\* Aunque la obligación por parte del empleador es la de programar jornadas de trabajo siempre respetando los acuerdos de la OIT, el sector de la vigilancia y seguridad privada va en contravía de estos acuerdos.

\* Sumando los resultados de todas las medidas que afectaron a los vigilantes, es decir, extensión de la jornada diurna y recargo de dominicales y festivos laborados, cada vigilante perdió para 2005 en promedio \$1.151.000, suma que retrasa el ingreso de los trabajadores del sector a niveles de hace cinco años.

\* Los excesos de las jornadas laborales inciden en la salud de los trabajadores, lo cual sumado a la falta de acceso a servicios fundamentales en su puesto de trabajo y a la pérdida de ingresos antes mencionada, indican que las condiciones de trabajo de los vigilantes van en retroceso.

Del anterior recuento de los estudios elaborados hasta la fecha, es posible extraer algunas

conclusiones. En primer lugar todos los trabajos coinciden en señalar la dificultad de aislar el impacto de la reforma laboral en el mercado laboral, de los restantes factores que pudieron haber incidido en las cifras de ocupación. En segundo lugar, los estudios no coinciden en cuanto a los resultados de la Ley 789 de 2002 en materia de generación de empleo, así dos de los estudios elaborados, el de CIDE y el de Núñez sostienen que la reforma contribuyó a la generación de empleo, mientras que el trabajo de Gaviria y el del Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional arriban a la conclusión contraria. El estudio elaborado por Verónica Amarante y Rodrigo Arim no arroja datos concluyentes sobre este aspecto.

En cuanto a los efectos de la reforma sobre la formalización del empleo, la calidad del empleo y la estabilidad laboral, los únicos estudios que asocian claramente resultados positivos en estos ámbitos con la nueva normatividad laboral son los del CIDE y el de Nuñez, mientras que los restantes estudios sostienen que la Ley 789 de 2002 no ha tenido ninguna incidencia en estos aspectos.

Ahora bien, por otro lado la metodología empleada por los estudios de Núñez y del CIDE ha sido sometida a fuertes críticas que ponen en cuestión la fiabilidad de sus resultados. Cabe resaltar al respecto las conclusiones a las que arriba el Observatorio del mercado de trabajo y de seguridad social de la Universidad Externado de Colombia:

“Los estudios que utilizan metodologías “residuales” métodos contables simples y CIDE (2004) se fundamentan en un supuesto debatible, que ni siquiera intentan demostrar: los cambios observados en el mercado laboral colombiano después del año 2002 son de imputar (casi) en su totalidad a las disposiciones e incentivos introducidos por la Ley 789. Adicionalmente la herramienta metodológica utilizada en estos trabajos es frágil y poco idónea para los fines perseguidos. Curiosamente son los únicos trabajos que encuentran un significativo efecto ocupacional que, supuestamente habría que atribuir a la reforma

A su vez, los métodos indirectos basados en estimaciones econométricas, no parecen particularmente robustos a cambios de especificación, grupo de tratamiento y período de tiempo. Tampoco logran controlar completamente por los demás cambios que han afectado el mercado laboral colombiano a partir de 2002 y en particular por el crecimiento económico. Gaviria (2004) reconoce abiertamente esta dificultad. Núñez (2004) inicialmente afirma que el método de las diferencias en diferencias permite solucionar el mencionado problema con sencillez (p. 11), pero, luego, en las estimaciones econométricas introduce entre las variables explicativas la tasa de desempleo (...) y finalmente reconoce que falta ponerla (la reforma) a prueba en épocas de recesión. La legislación vigente a finales de los años 90 demostró fracaso y no es claro que la actual se desempeñe mejor”<sup>103</sup>.

#### 4. La constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Como se constató previamente las medidas adoptadas por la Ley 789 de 2002 son claramente regresivas respecto a las garantías laborales previamente existentes, por lo tanto constituyen una vulneración de la prohibición de retroceso, la cual se deriva de la Constitución Política (artículos 1, 2, 25 de la Carta) así como de instrumentos internacionales

que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículos 2.1 del PIDESC, artículo 1.1 del Protocolo de Salvador, artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos). La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la obligación de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es una prohibición prima facie, y que las medidas estatales que desconozcan esta prohibición deben ser sometidas aun juicio de proporcionalidad, para determinar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 habían sido sometidos previamente a un examen de constitucionalidad, por cargos similares a los planteados por el actor en la presente demanda y fueron declarados exequibles, sin embargo, es procedente un nuevo examen debido a la existencia de datos empíricos relevantes que lo justifican.

Ahora bien, en este caso concreto la evidencia empírica aportada por el demandante y por los intervinientes arroja un resultado indeterminado, pues los informes aportados llegan a conclusiones contrapuestas y no surge entre los expertos una posición mayoritaria sino que existe lo que se podría denominar una situación de empate. En efecto, como se consigna en el acápite anterior, mientras dos estudios concluyen que la reforma laboral no tuvo incidencia en la generación de empleo y en otras finalidades que también pueden justificar la imposición de medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales (tales como el aumento de la formalización del empleo, la mejora de la calidad del empleo y el aumento en la estabilidad laboral), los restantes estudios arriban a una conclusión opuesta, es decir, sostienen que la reforma laboral tuvo incidencia directa en una mejora de las condiciones del mercado laboral colombiano, desde su entrada en vigencia. Existe adicionalmente un debate sobre la idoneidad de las metodologías empleadas en los diferentes informes e igualmente en la mayoría de los estudios se reconoce la dificultad de aislar el impacto de la Ley 789 de 2002 sobre las restantes variables que pueden haber incidido en el mercado laboral.

Ante esta situación de incertidumbre sobre los reales efectos de la Ley 789 de 2002 en el mercado laboral y específicamente en la generación de empleo, pues existe una controversia fáctica que no puede ser decidida con un grado significativo de seguridad, podría argumentarse que opera en estos casos una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, en virtud de la libertad de configuración del legislador en materia de diseño de políticas económicas, sin perjuicio de la posibilidad de que en un futuro, a la luz de nuevas evidencias empíricas que arrojen claridad sobre el problema, se adopte otra decisión.

No obstante, en este caso concreto debido a que se examinan medidas regresivas en materia de derechos económicos sociales y culturales, las cuales suponen un desconocimiento de la obligación de no retroceso que se desprende de claros mandatos constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, las dudas acerca de las cuestiones empíricas relevantes, esto es, sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo deben resolverse en contra de la constitucionalidad de la las disposiciones acusadas.

En efecto, ante la ausencia de pruebas determinantes que demuestren la idoneidad de la

disminución de las garantías laborales de los trabajadores para generar empleo, los artículos demandados no pueden continuar en el ordenamiento jurídico porque se privilegiaría un resultado incierto -su discutible resultado de la reforma en la generación de empleo, la estabilidad laboral y la calidad de empleo- sobre un resultado cierto -la efectiva disminución de las garantías laborales-.

Cabe recordar que precisamente esta Corporación ha defendido en reiterada jurisprudencia la necesidad de someter a un juicio de proporcionalidad estricto las medidas que supongan un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como sucede en el presente caso, las cuales sólo podrán ser declaradas exequibles en la medida en que demuestren su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para alcanzar finalidades constitucionalmente legítimas. En este caso concreto la idoneidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 para generar empleo está en tela de juicio pues las premisas fácticas sobre sus efectos, consignadas en los diversos estudios a los que se hizo referencia en el acápite anterior, arrojan resultados claramente contradictorios. Por lo tanto las medidas no han conseguido demostrar su eficacia para el fomento del empleo, mientras que sus efectos sobre la disminución de la calidad de vida de los trabajadores en general, y de ciertos grupos de trabajadores en especial -como por ejemplo los del sector de vigilancia- han sido claramente demostrados.

Debido a su falta de idoneidad para alcanzar los resultados que supuestamente pretendían alcanzar, las disposiciones examinadas debieron ser declaradas inexecutable.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Algunos aspectos son objeto de complementación y precisión.

2 Intervención del representante del Ministerio de la protección social, folio 442 Cuaderno principal.

3 Ibidem p. 443.

4 Ibidem p. 444.

5 Ibidem p. 444.

6 Ibidem p. 445.

7 Escrito de intervención del representante del Departamento Nacional de Planeación, folio 264 del expediente.

8 Ibidem p. 265.

9 Ibidem p. 266.

10 Escrito de intervención del Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia, folio 383 del expediente.

11 Ibidem, folio 389 del expediente.

12 Escrito de intervención del representante de FENALCO, folio 399 del expediente.

13 Concepto del Procurador General de la Nación p. 17, folio 419 del expediente.

14 Sentencia C-038 de 2004, fundamento jurídico 20.

15 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. SPV Jaime Araujo Rentería, SV y AV Alfredo Beltrán Sierra, SV y AV Jaime Córdoba Triviño y SPV Clara Inés Vargas Hernández.

16 Acusado integralmente.

17 Acusado integralmente.

18 Acusado parcialmente. Se demandó precisamente los mismos apartes acusados en la presente demanda más el parágrafo transitorio.

19 Acusado integralmente.

20 Cfr, entre otras, las siguientes providencias: Sentencias C-397/95 y C-774/200; los Autos A-174 y A-289<sup>a</sup> de 2001.

21 Sentencia C-310 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Cft. sentencias C-720 de 2007, C-155 de 2007, C-211 de 2003, C-310 de 2002 y C-153 de 2002

22 En la sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se expuso: “La cosa juzgada formal se presenta “...cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio...”, o, cuando se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual<sup>22</sup>. Este evento hace que “ ...no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado...”.

23 En la sentencia C-153 de 2002, se manifestó: “puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia. En estos dos últimos casos la cosa juzgada tiene carácter relativo, pudiendo ser usual que tal alcance limitado de la decisión se haga expresamente en la parte resolutive de la sentencia<sup>23</sup>, circunscribiéndola al preciso ámbito de lo formal o a los cargos o disposiciones superiores que fueron analizados en la sentencia...”.

24 El actor expone que “todas las decisiones adoptadas por los órganos internacionales de aplicación de un tratado multilateral concernientes a la delimitación del alcance de las disposiciones del instrumento aplicado, constituye un criterio interpretativo concurrente con el del contexto del tratado, según las disposiciones citadas de la Convención de Viena sobre

el Derecho de los Tratados”.

26 Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo, entre el 22 y el 26 de enero de 1997, se reunieron en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados que tenían como objetivo ampliar el entendimiento de dichos principios respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Se expidieron así las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Información extraída de la página [www.cajpe.org.pe/guia/mat4](http://www.cajpe.org.pe/guia/mat4).

27 Cft. sentencia C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

28 Ver, entre otras, las sentencias C-280 de 2007 y C-401 de 2005.

29 Para el actor “en el momento de dictar la sentencia C-038 de 2004 la Corte Constitucional no contaba con premisas empíricas sólidas que permitieran hacer un control de constitucionalidad completo de la medida. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional llevó a cabo una revisión ‘ex ante’ de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por la ley”.

30 Considera “no hay evidencia de que la Ley 789 de 2002 haya cumplido su objetivo, ni de que dicho objetivo haya sido cumplido en un porcentaje que justifique intervenir de forma tan intensa en los derechos de los trabajadores de forma regresiva. Asimismo, se mostrará que los avances en materia del mercado de trabajo ocurrido con posterioridad a la mencionada Ley 789 no son consecuencia de la ley, sino de la intervención de otros factores externos a la reforma laboral”. Más adelante alude a la “falta de evidencia de que haya habido cambios significativos y en los innumerables indicios de que el desarrollo económico no ha traído sino un aumento ínfimo del empleo y un empeoramiento de la informalidad y de las condiciones de los empleados formales”.

31 El actor afirma “La propia Corte Constitucional, ...da a entender que su dictamen sobre la constitucionalidad de las normas demandadas sería diferente, si, como es en la actualidad, ya hubiese transcurrido el plazo previsto por el legislador y se hubiese acreditado..., la falta de idoneidad de las medidas adoptadas por el legislador”.

32 El accionante manifiesta que “se pueden citar varios casos en los cuales la argumentación sobre los hechos ha sido decisiva. Es oportuno, en este sentido, citar la sentencia C-1489 de 2000, en la cual se enumera los siguientes ejemplos, entre otros: (a) la Corte Constitucional, en la sentencia C-410 de 1994, concluyó que la Ley 100 de 1993 no era discriminatoria al prever una edad de jubilación menor para las mujeres que para los hombres, con base en elementos empíricos, por cuanto las mujeres en Colombia realizaban en general, una doble jornada laboral, por lo cual se trata de una medida que, precisamente toma en consideración fenómenos sociales, con el fin de compensar dicha diferencia; y (b) la Corte en la sentencia C-371 de 2000, estableció que la ley estatutaria que pretendía favorecer la participación femenina, mediante un sistema de cuotas, en los niveles decisorios del Estado era constitucional, al ser una acción afirmativa con un fin legítimo, con base en la información empírica acerca de los niveles educativos actuales de las mujeres y de su participación en las instancias directivas del Estado”.

33 Para el actor este estudio “demuestra de forma fehaciente la falta de idoneidad de las medidas de afectación de los derechos de los trabajadores contenidas en la Ley 789 de 2002”. Agrega que “con base en la certeza que ofrece el estudio técnico que se anexa a esta demanda, se puede concluir que no han conducido al fin propuesto, a pesar de que siguen teniendo efectos restrictivos respecto del derecho social fundamental al trabajo”.

34 Sentencia C-791 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. AV. Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra.

35 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

36 Ver, entre otras, las sentencias: C-004 de 1992, C-556 de 1992, C-466 de 1995, C-122 de 1999 y C-216 de 1999 (estados de excepción); C-410 de 1994; C-126 de 1995; C-221 de 1997; C-160 de 1999; y C-371 de 2000; y C-064 de 2002.

37 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Cft. sentencia C-292 de 2003.

38 En la sentencia C - 447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero la Corte expuso: “...Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez....Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y ante deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias....Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica - que implica unos jueces respetuosos de los precedentes - y la realización de la justicia material del caso concreto - que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas -....”.

39 “PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión será nombrada por el término de cuatro (4) años, a partir de la vigencia de la presente ley”.

40 “PARÁGRAFO. Transcurridos dos años de la vigencia de la presente Ley, la Comisión de Seguimiento y Verificación aquí establecida presentará una completa evaluación de sus resultados. 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”.

41 En el cuaderno de pruebas OPC-80/07, reposa oficio del Ministerio de la Protección Social de fecha 5 de junio de 2007, por el cual envía “copia del informe de la Comisión y cuatro estudios que sirvieron como insumo a la Comisión para elaborar el primer informe, por la Comisión de Verificación de Seguimiento de las políticas de generación de empleo previstas en la Ley 789 de 2002”.

42 Concluye principalmente que “la duración del desempleo cae fuertemente entre 2004 y 2002....Por consiguiente, se puede afirmar que los cambios en la legislación laboral ayudaron a formalizar la economía y mejorar la calidad del empleo...”.

43 Se expone esencialmente que “según las estimaciones realizadas, la reforma laboral tuvo efectos positivos sobre la probabilidad de empleo y el nivel de remuneraciones promedio, mientras que estaría desincentivando el trabajo bajo condiciones de informalidad laboral. A su vez, las horas promedio de trabajo por ocupado habrían disminuido como consecuencia de los cambios introducidos en la normativa laboral. Sin embargo, estos efectos no son homogéneos entre trabajadores con distinto nivel de capital humano”.

44 Del resumen se extrae que “i) la reforma tuvo un efecto notable sobre la contratación de aprendices y contribuyó a reducir el subempleo por insuficiencia de horas (especialmente en el sector servicios), ii) los efectos sobre la generación de empleo y sobre la formalización del empleo fueron inferiores a lo esperado, y iii) los programas de apoyo al desempleado y de estímulo a la generación de empleo no han funcionado”.

45 Concluye primordialmente que “no es conveniente echar atrás la reforma laboral. Las consecuencias negativas que podría tener su reversión sobre el empleo y la estabilidad de los trabajadores no son despreciables. En vez de ello es preciso corregir algunos aspectos de la reforma (o mejor de los decretos reglamentarios) que no están marchando bien”.

46 Se señala en el informe de la Comisión que “Un primer informe del Ministerio (Anexo 14) indica que el mayor ritmo de generación de empleo, la mayor estabilidad laboral, las disminuciones en el tiempo de búsqueda de trabajo y la tendencia descendente de la informalidad, pueden ser indicativos del efecto positivo de la reforma. Igualmente, según el Conpes 3290 de 2004 (Anexo 15), de los 846.000 nuevos empleos generados durante 2003, unos 354.000 se deben a factores diferentes al crecimiento del PIB, entre los cuales se puede contar la reforma a la empleabilidad. Si todos esos empleos hubieran sido generados por la reforma, se hubiera superado con creces la meta establecida para el 2003 que era de 133.786 empleos (cuadro 1) y mucho más si no se toma en cuenta el aspecto del contrato de aprendizaje el cual ha sido el programa más exitoso de la reforma, como ya se mencionó. Por su parte, la Contraloría General de la República estimó en 88.000 los nuevos empleos generados por la reforma y otros factores”.

47 Se indica que “Para poder indagar de forma más directa el efecto de la reforma sobre el sector productivo, FENALCO realizó una encuesta a los responsables de la contratación en 408 firmas ubicadas en las cinco principales ciudades del país. Algunos de los resultados, contenidos en el Cuadro 8, muestran aspectos favorables no sólo en la generación de empleo formal, sino también en aspectos tan importantes como la competitividad y la percepción de beneficios generales. De igual manera, la ANDI realizó una encuesta acerca de 200 empresas (Cuadro 9). El ejercicio revela, entre otros resultados, que después de la aplicación de la Reforma, la mayor parte (53%) de las empresas incrementó el empleo. Que el aumento de pedidos (64%) y la implementación de la Ley ((50%), fueron los motivos más relevantes para incentivar dicha variación. Y que entre las medidas de la Reforma que más han aportado para mejorar los ingresos y el empleo, se encuentran las modificaciones tanto a los costos en los días dominicales y festivos (74% de las respuestas) como a la jornada ordinaria de trabajo

(76%)”.

48 Oppenheim, Felix E., Conceptos Políticos una reconstrucción, Edt. Tecnos, 1987, Pág. 78.

49 Ibídem, pág. 83 y 84.

50 Sentencia C-820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

51 El artículo 243 de la Carta reza lo siguiente: “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. //Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

52 Sentencia C-337 de 2007. M-P. Manuel José Cepeda Espinosa

53 Sentencia C-310 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil

54 Sentencia C-337 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

55 Sentencia C-667 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo

56 Sentencia C-489 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-310 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil

57 Ha dicho la reiterada jurisprudencia constitucional que si una disposición es declarada executable inicialmente y luego es reproducida, y frente a la segunda norma se solicita el control constitucional, la Corte, ante la existencia de una eventual cosa juzgada material, deberá tener en cuenta que la constitucionalidad de una norma no depende solamente de su tenor literal, sino también del contexto jurídico en el cual se inserta. Por ende, será necesario establecer si subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de executibilidad previo en la primera decisión adoptada y no será suficiente alegar de manera automática la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados<sup>9</sup>. De hecho, como lo ha advertido esta Corporación en otras oportunidades, en la valoración de la cosa juzgada material será necesario tener en cuenta entonces: (i) la identidad de contenidos normativos de la disposición estudiada y la reproducida<sup>9</sup>; (ii) la conformidad de los contextos histórico, social, cultural y/o jurídico en que se fundó el control constitucional al momento de proferirse la primera sentencia y el que se somete a un nuevo estudio de la Corporación<sup>9</sup> y, (iii) la identidad de la norma constitucional que sustentó la constitucionalidad de la disposición legal objeto de control<sup>9</sup>. Ver sentencia C-667 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

58 Hasta la fecha La Corte Constitucional se ha pronunciado en veinte ocasiones sobre la constitucionalidad de la Ley 789 de 2002 (sentencias C-653, C-655, C-658, C-781 C-800 C-801 C-802 C-1059 de 2003; C-015, C-019, C-038, C-175, C-228, C-457, C-1177 de 2004; C-283, C-041 de 2006; C-393, C-783 C-834 de 2007). Sobre los artículos 25, 26, 28 y 51 se ha pronunciado específicamente en las sentencias C-801 de 2003 y C.-038 de 2004. En la sentencia C-801 de 2003 se examinó la constitucionalidad del artículo 51 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 y fue declarado executable

respecto a ese cargo.

59 El alcance de la cosa juzgada constitucional en una sentencia de constitucionalidad está delimitado por los siguientes aspectos: (i) las disposiciones acusadas, (ii) los cargos examinados y (iii) la decisión adoptada.

60 Sentencia C-038 de 2004.

61 Textualmente se consigna en la decisión en comento:

“27- Las anteriores características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertos 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”.

62 Al respecto ver Eliseo Aja (editor) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Barcelona, Ariel, 1998.

63 Se examinaba la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, la cual había sido modificada por la Ley 979 de 2005.

64 Sentencia No. 85/85.

65 Ver Eliseo Aja (editor) ob. cit., p. 283 y s.s.

66 En efecto, la estructura del juicio de proporcionalidad obliga a que al examinar la idoneidad de la medida se tenga en cuenta la adecuación de ésta para conseguir los fines perseguidos, es decir, lo que se denomina adecuación-medio fin, información que resulta de los datos empíricos disponibles. Adicionalmente, al determinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida examinada debe tomarse en consideración la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso

concreto proyecta sobre los derechos y principios constitucionales relevantes en el caso concreto.

67 Resulta en extremo reveladora la siguiente transcripción del fundamento jurídico 27 de dicha sentencia:

“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.

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”.

68 Sentencia C-038 de 2004, f. j. 38.

69 El informe “Evaluación integral de la política general de empleo y los principales componentes de la reforma laboral período 2003-2004” concluye: “De esta manera se recomienda al Congreso de la República mantener vigente la Ley 789 de 2002, que está en armonía con las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos y laborales, más aun cuando existen unas favorables perspectivas del mercado laboral para el año 2005. Según los datos para el mes de enero, la tasa de desempleo disminuyó casi cuatro puntos porcentuales y hubo un incremento de 419.000 personas ocupadas. Sin embargo, se recomienda al Gobierno Nacional tomar las medidas necesarias para que algunos componentes de la reforma se optimicen, como los subsidios al empleo y al desempleo, el contrato de aprendizaje y el microcrédito, y monitorear constantemente los resultados de las diversas medidas”

71 Sentencia C-038 de 2004.

72 Sentencia C-038 de 2004.

73 Sentencia T-1319 de 2001, reiterada en la sentencia C-04 de 2003.

74 Al respecto se sostuvo en la sentencia C-280 de 2007: “En relación a los convenios de la OIT se debe aclarar que si bien todos los que han sido “debidamente ratificados” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” (tal como consigna textualmente el artículo 53 constitucional) y en consecuencia “son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno”, no todos los convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad, pues para que esto último suceda se requiere verificar si cumple las condiciones establecidas por el ordenamiento constitucional. Adicionalmente, habría que distinguir entre aquellos convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (inciso primero del artículo 93 constitucional), porque prohíben la limitación de un derecho humano bajo los estados de excepción y en consecuencia hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia y aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato”.

75 Se utiliza este término para distinguirlo del hard law, el cual correspondería a las fuentes principales del derecho internacional público, a saber: los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional. Esta distinción tiene fundamento en el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia del cual se ha derivado una diferenciación entre fuentes principales y fuentes auxiliares en materia de derecho internacional público.

76 Ver por ejemplo la sentencia C-203 de 2005.

77 Ver sentencia C-270 de 2006.

78 Un ejemplo de esta postura puede verse en la sentencia C-203 de 2005, en la cual se consigna: “En suma, las Reglas de Beijing (que en sí mismas no son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas) codifican y sistematizan estándares mínimos que, al provenir de tratados ratificados y normas consuetudinarias internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el país –y que en su mayoría forman parte del bloque de constitucionalidad-, son obligatorios como parte del ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben en consecuencia ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal”.

79 Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht un grupo de expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto. Los 29 participantes venían de

Alemania, República Federal de; Australia, España; Estados Unidos de América; Hungría; Irlanda; México; Noruega; Países Bajos; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Senegal; Yugoslavia; del Centro de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); de la Organización Mundial de la Salud (OMS); de la Secretaría de Commonwealth y de los organismos patrocinadores. Cuatro de los participantes eran miembros de la Comisión sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). Los participantes redactaron un conjunto de principios que en su opinión refleja estado actual del Derecho Internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

80 Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Los participantes acordaron unánimemente un conjunto de directrices las cuales, a su entender, reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986. Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para la identificación de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.

81 Este precepto recita: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (negritas añadidas).

82 El cual consigna textualmente: “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (negritas añadidas)”.

83 Cuyo texto es el siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

(negrillas fuera del texto)".

84 Cfr. Christian Courtis, loc. cit., p. 8 y s.s.

85 Observación general 3, Comité de derechos económicos, sociales y culturales.

86 La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: "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" Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. Otras observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a una vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45 y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr. 32, 48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador", aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo "a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural".

87 Además de la sentencia C-038 de 2004, existen numerosos pronunciamientos de esta Corporación en torno al alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales. En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 "por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema. Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema. A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos: (i) cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y (ii) la aplicación de la medida regresiva no se muestre desproporcionada para las personas afectadas. Desde esta perspectiva, esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la

protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada. La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004. En esta ocasión la Corte, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley, la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social, lo que obligaba a su desarrollo progresivo, por lo tanto la Corte advirtió que la disposición examinada resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la Corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada. En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexecutable, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexecutable de la norma acusada. También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, así en la sentencia T-1318 de 2005 se declaró contraria a este principio la actuación del municipio de Palmira que había reducido el monto de los subsidios otorgados a los beneficiarios de un proyecto de vivienda de interés social alegando incapacidad financiera. Sala séptima de revisión constató que la reducción de los subsidios para el acceso a la vivienda de interés social constituye una medida regresiva en el derecho social a una vivienda digna. En la sentencia T-043 de 2007 se ordenó la inaplicación de las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecían condiciones más gravosa para el acceso a la pensión de invalidez frente a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 por considerarlas contrarias al principio de progresividad. Igualmente en numerosos fallos de tutela relacionadas con menores que había sido excluidos de la educación pública financiada con los recursos del sistema general de participaciones, en razón de su edad el mandato de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un elemento relevante para decidir los diferentes casos, al respecto puede consultarse la sentencia T-273 de 2007. Por ser contrarias al principio de progresividad también se ha ordenado la inaplicación de disposiciones reglamentarias que excluían de la calidad de beneficiarios de seguridad social en salud a los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver sentencias T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

89 Sentencia C-038 de 2004, f. j. 23. 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.

90 Sentencia T-043 de 2007.

91 Según señala la doctrina es posible distinguir dos nociones posibles de regresividad, por un lado se puede aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública. El concepto de regresividad también puede aplicarse a normas jurídicas, en este sentido se refiere a alcance de los derechos reconocidos por una norma jurídica, bajo esta acepción se entendería como regresividad normativa. En este sentido para determinar si una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la norma anterior. Cfr. Christian Curtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias" en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Christian Curtis (Compilador), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 3 y s.s.

92 Esta Corporación en decisiones precedentes ha puesto de relieve la importancia del análisis del contexto socio económico para decidir sobre la exequibilidad de disposiciones demandadas cuando se trata de preceptos de carácter económico. Sobre este extremo cabe citar en extenso la sentencia C-776 de 2003:

"La Corte Constitucional -como se dijo en el apartado 4.5.3. sobre la recapitulación de la jurisprudencia- ha señalado en varias oportunidades que el contexto socio-económico es, bajo ciertas condiciones, un factor que puede incidir en las condiciones de exequibilidad de una decisión adoptada por el legislador. Esto obedece a múltiples razones de orden jurídico, de las cuales cabe destacar en el presente caso las siguientes.

En primer lugar, la Corte ha dicho que la Constitución, por su origen, su elaboración y su función institucional, ha de ser interpretada de manera vivificante para que responda a la cambiante situación nacional y a las particularidades de la realidad del país.

En segundo lugar, en la medida en que la Carta contiene mandatos de desarrollo progresivo no le es dable al intérprete desatender las limitaciones de recursos económicos o las insuficiencias en la capacidad administrativa de las entidades públicas, sin que ello justifique desconocer los derechos constitucionales.

En tercer lugar, la relevancia o las implicaciones de una norma, así como su función institucional, pueden ser apreciadas mejor en contexto o, desde la perspectiva inversa, los elementos de un determinado contexto son relevantes a la luz de las normas constitucionales pertinentes para resolver una cuestión jurídica. Por ejemplo, el derecho al mínimo vital es relevante cuando hay personas que carecen de lo indispensable para subsistir dignamente

como seres humanos. Si no existieran personas en tales circunstancias el derecho al mínimo vital no sería relevante o adquiriría una connotación diversa. En el mismo orden de ideas, como las situaciones fácticas a las que alude una norma acusada plantean la relevancia de ciertas disposiciones constitucionales, el que se graven bienes y servicios de consumo básico torna relevante no solo el derecho a la vida sino otros derechos sociales, como la salud, de los cuales depende el goce efectivo del primero. En ese sentido, el derecho al mínimo vital sintetiza la indivisibilidad de los derechos sociales en especial respecto de aquellos núcleos esenciales sin los cuales no puede concebirse una existencia digna.

En cuarto lugar, cuando el cargo elevado por el demandante contra una norma invita a analizar un sistema –en este caso– el significado que tiene ampliar la base del IVA para la equidad y la progresividad del sistema tributario, el contexto institucional en el cual se inscribe la norma acusada no puede ser pasado por alto.

La relevancia del contexto socio-económico e institucional es especialmente aplicable en el análisis constitucional de las leyes en materia económica, y mucho más de las disposiciones tributarias, según lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades. Así, por ejemplo, como ya se dijo, en la sentencia C-925 de 2000 se estableció que, en virtud de la existencia de un deber constitucional general de las personas consistente en “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (art. 95-9 C.P.), el Legislador, al adoptar las normas tributarias en virtud de las cuales se hará efectivo dicho deber, tiene que partir del hecho de que “no todos los asociados pueden ni deben tributar exactamente igual, sino que a la ley corresponde medir y distribuir las cargas. Y ello, según las capacidades y de acuerdo con la posición y necesidades de los distintos sectores sociales, teniendo en cuenta también la magnitud de los beneficios que cada uno de ellos recibe del Estado y las responsabilidades que, según su actividad, deben asumir; es la propia ley la encargada de señalar la cobertura de las normas tributarias y de establecer la mayor o menor medida en que cada uno tribute.” En esa medida, se estableció en la misma providencia que compete al legislador tributario “evaluar, junto con los objetivos del recaudo, la equidad de las obligaciones que impone, la progresividad de las contribuciones y las distintas situaciones en que pueden encontrarse los contribuyentes”.

93 El Departamento Nacional de Planeación fue requerido en distintas oportunidades para que aportara datos estadísticos sobre la evolución del empleo en Colombia a partir del año 2000, ante la ausencia de respuesta el Magistrado sustanciador solicitó al Ministerio de la protección social que enviara la información pertinente. Esta fue finalmente allegada al expediente (Ver Cuaderno de pruebas), a los gráficos aportados se añade una carta explicativa sobre la nueva metodología implementada para la medición de variables macroeconómicas.

94 Verónica Amarante y Rodrigo Arim, “Los efectos de la Reforma Laboral de 2002 en el Mercado Laboral Colombiano”, marzo de 2005, p. 24.

95 Ibidem, p, 24.

96 Ibidem, p. 24.

97 Alejandro Gaviria, "La reforma laboral de 2002: ¿funcionó o no?", en Coyuntura Económica.

98 Ibidem p. 23-24.

99 Ibidem p. 24.

100 CIDE, "Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad de empleo", Medellín, siembre de 2004, p. 27.

102 Al respecto se sostiene:

"Los cuatro estudios enfrentan el reto de separar el efecto de la reforma laboral sobre el comportamiento reciente del mercado de trabajo de otros factores, entre los que se destacan el ciclo económico y el impacto de otras reformas contemporáneas a la laboral como la tributaria y la pensional.

Tres de los cuatro estudios utilizan el método econométrico de diferencias en diferencias para el logro de este objetivo, sin embargo en los tres existen falencias relacionadas con la definición de los grupos de control y tratamiento, que violan las condiciones y supuestos del modelo, y por tanto, invalidan o por lo menos ponen en duda sus resultados y conclusiones.

El otro estudio, de López y otros, se vale de la estimación de elasticidades, una herramienta útil para el logro del objetivo planteado. Sin embargo en el ejercicio, los autores no advierten la necesidad de enfocar el análisis en el segmento del mercado laboral en el que repercuten las medidas de la reforma (el sector formal, y específicamente los asalariados del sector privado formal) y tampoco la necesidad de introducir un ajuste al cálculo de elasticidades que dé cuenta de la incidencia del ciclo (fase expansiva o contractiva) sobre las respuestas del empleo al comportamiento económico. Estas falencias también inducen, por lo menos, a analizar con cautela los resultados de López y otros".

Una perspectiva crítica de los resultados arrojados por los cuatro estudios de la referencia también puede consultarse en el documento "Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana. La ley 789 de 2002 dos años después" elaborado por el Observatorio del mercado de trabajo y de seguridad social de la Universidad Externado de Colombia, de fecha marzo de 2005, p. 18 y siguientes.

103 Observatorio del mercado de trabajo y de seguridad social de la Universidad Externado de Colombia "Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana. La ley 789 de 2002 dos años después", marzo de 2005, p. 18.