

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

HSJACS - 034 - 2014
Bogotá, D. C. 20 de Agosto de 2014

Doctor:
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República

Proyecto de Ley “POR MEDIO DEL CUAL SE DEROGAN LAS DISPOSICIONES QUE NO LOGRARON LOS EFECTOS PRÁCTICOS PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO LEY 789 DE 2002”.

En ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 154 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 140 de la Ley 5ª de 1992 y de conformidad con las modificaciones introducidas en el artículo 13 de la Ley 974 de 2005, en mi calidad de Senador de la República me permito radicar ante la Secretaría General del honorable Senado de la República el presente proyecto de ley “***por medio del cual se derogan las disposiciones que no lograron los efectos para la generación de empleo de la ley 789 de 2002***”

Atentamente,

JESÚS ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

PROYECTO DE LEY No. DE 2014, SENADO

**“POR MEDIO DEL CUAL SE DEROGAN LAS DISPOSICIONES QUE NO
LOGRARON LOS EFECTOS PRÁCTICOS PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO
LEY 789 DE 2002”.**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

Artículo 1º. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002, quedará así:

Artículo 160 Trabajo Diurno y Nocturno.

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

Artículo 2º. El artículo 161 del Código Sustantivo delo Trabajo, modificado por el artículo 51 de la Ley 789 de 2002, quedará así:

Artículo 161 literal C, inciso primero.

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 3º. El numeral 1ro del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, quedará así:

Artículo 179 Trabajo Dominical y Festivo.

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

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

Artículo 4º. El artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 27 de la Ley 789 de 2002, quedará así:

Artículo 189. Compensación en dinero de las vacaciones.

Numeral 2. Para efectos de compensación de dinero de estas vacaciones, conforme al numeral 1 del artículo 189 modificado por el artículo 20 de la Ley 1429 de 2010, se tomará como base el último salario devengado por el trabajador.

Artículo 5to El artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 30 de la ley 789 del 2002 quedara así:

Naturaleza y características del contrato de aprendizaje. Contrato de Aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicios a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado mediante una relación laboral formal, por tiempo determinado y desarrollada durante una etapa lectiva y otra práctica, que no podrán ser superiores en total a tres (3) años, y de conformidad, al salario y demás obligaciones de orden legal y contractual convenidas.

El salario inicial de los aprendices no podrá ser en ningún caso inferior al cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo legal, o del fijado en los pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales. Durante el cumplimiento del contrato el salario pactado se aumentará al dar inicio a la fase práctica hasta llegar, cuando menos, al cien por ciento (100%) del salario mínimo legal vigente o al pactado en convenciones colectivas o fallos arbitrales para el caso de las funciones y cargos desempeñados por el aprendiz.

Además de las obligaciones establecidas en el Código del Trabajo, el empleador tiene las siguientes para con el aprendiz:

- 1ª. Facilitar todos los medios al aprendiz para que reciba Formación Profesional integral para el trabajo, metódica y completa en el arte u oficio, materia del contrato.
- 2ª. Pagar al aprendiz el salario pactado según la escala establecida en el respectivo contrato tanto en los períodos de trabajo como en los de enseñanza.
- 3ª. Cumplido satisfactoriamente el término del aprendizaje, preferirlo en igualdad de condiciones para llenar las vacantes que ocurran relativas a la profesión u oficio que hubiere aprendido.

Además de las obligaciones que se establecen en el Código del Trabajo, para todo empleado, el aprendiz tiene las siguientes:

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

- 1ª. Concurrir asiduamente tanto a los cursos, como a su trabajo, con diligencia y aplicación, sujetándose al régimen del aprendizaje y a las órdenes del empleador.
- 2ª Procurar el mayor rendimiento en su estudio.

El contrato de aprendizaje podrá celebrarse para la **Formación Profesional Integral** metódica y completa en ocupaciones definidas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones existentes, siempre que el contrato de aprendizaje implique un proceso de **Formación Profesional Integral para el trabajo** teórico - práctico debidamente estructurado y su desempeño contribuya a la necesaria reposición y *calificación integral* de mano de obra del país.

El Contrato de aprendizaje podrá suscribirse con estudiantes universitarios en los casos en que el aprendiz desarrolle simultáneamente actividades de práctica en la empresa de 24 horas semanales y al mismo tiempo cumpla las académicas propias del pensum de su carrera profesional, o que curse el semestre de práctica. En todo caso la actividad del aprendiz deberá guardar estricta relación con su formación académica.

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

ARTÍCULO 6. Esta ley complementa, deroga y modifica las disposiciones legales y reglamentarias que le sean contrarias.

ARTICULO 7. La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción y promulgación.

Atentamente,

JESÚS ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

EXPOSICION DE MOTIVOS.

El Legislador en el año 2002 tramitó una iniciativa gubernamental, Ley 789 de 2002, con el sólo propósito de promover la “*empleabilidad y desarrollar la protección social*”, y entre las consideraciones que se tuvieron en cuenta por el Congreso de la República para aprobarla, a pesar de recortar derechos adquiridos de trabajadores colombianos, primó aquella según la cual - *se generarían entre 650 a 700 mil nuevos empleos*- para los cuatros años siguientes, es decir, entre el año 2003 al año 2007.

Esta “empleabilidad” se llevaría a cabo a partir de la modificación que se le hiciera al Código Sustantivo del Trabajo por la Ley en mención, modificando en su Artículo 25 la jornada laboral diurna, que la fijaría desde las seis horas de la mañana (6:00 a.m.) hasta las diez horas de la noche (10:00 p.m.). En el Artículo 26, recorto los recargos sobre la remuneración de los dominicales y festivos, pasando de una remuneración del ciento por ciento (100%), a un recargo sobre la remuneración ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%). Así mismo se reglamentó sobre el funcionamiento del contrato de aprendizaje de los aprendices SENA.

Descripción de la reforma laboral

Desde un punto de vista conceptual, la Ley 789 de 2002 puede dividirse en cuatro partes parcialmente independientes. La primera se ocupa de acopiar recursos para atender las necesidades inmediatas de los desempleados. Los recursos provienen de un cambio en la destinación de las contribuciones parafiscales, especialmente de aquellas administradas por las Cajas de Compensación Familiar. Por mandato legal, los programas previstos, consistentes en subsidios en dinero y especie y planes de capacitación, se focalizan mayoritariamente hacia los desempleados con vinculación anterior a las Cajas de Compensación.

La segunda parte incluye la creación de varios estímulos para la generación de empleo. Los estímulos son de varios tipos: subsidios al empleo, recursos de crédito para empresas pequeñas y medianas, y exención de parafiscales para empresas que empleen personas vulnerables y estudiantes.

Algunos estímulos tienen recursos ciertos, otros dependen de apropiaciones presupuestales inciertas y limitadas. Más que una reducción en los costos laborales, estas medidas son auxilios transitorios orientados a incrementar la demanda por empleo de trabajadores no calificados y otros grupos vulnerables.

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

La tercera parte consiste en la reglamentación de los contratos de aprendizaje y en la regulación del mercado de trabajo para los aprendices. Entre las medidas decretadas en la ley 789 del 2002, se permitió la remuneración de los aprendices por debajo del salario mínimo: hasta 50% en la fase lectiva y hasta 75% en la fase práctica y se eliminó de forma integral y taxativa el vínculo laboral del contrato de aprendizaje.

Lo cual desnaturalizó el vínculo laboral contenido en el contrato de aprendizaje y desprotegió a más de 250 mil aprendices en todo el país, quienes fueron obligados a asumir su proceso de formación profesional sin las garantías propias de la relación laboral connatural al proceso de aprendizaje. Esto no solamente empobreció las condiciones materiales del aprendiz y lo expuso a riesgos en materia de salud ocupacional y seguridad industrial sino que además generó una cultura de sustitución (totalmente contraproducente) de trabajadores formales en las empresas por aprendices sub contratados (y menos costosos) en esta modalidad “*informal*” de contrato de aprendizaje.

La figura de contrato de aprendizaje es de las herramientas más antiguas que hayan acompañado algún proceso formativo, más aun, durante gran parte de la historia fue la única forma de acceder al aprendizaje, fundamentalmente en las artes y en los oficios. La historia de nuestro país no es ajena a esta realidad histórica del aprendizaje. Ha sido tan importante dicha herramienta que hoy aun es de vital importancia para los modelos educativos de muchos países en el mundo como lo demuestra Héctor Hugo Barbegelata en su estudio “Formación y legislación para el trabajo: tendencias de las recientes legislaciones sobre formación profesional” publicado por CINTERFOR en la cual señala lo siguiente; “La adquisición de una calificación por un joven a través de un proceso que se cumple fundamentalmente dentro de una relación contractual, por el desempeño progresivo de tareas en una situación real de trabajo, bajo las instrucciones del propio empleador o de un trabajador experimentado, ha sido la modalidad de formación más antigua y por mucho tiempo la única”.

El estatuto de la formación profesional del SENA define “el Contrato de Aprendizaje considerado como mecanismo pedagógico, posibilita la relación dinámica reflexión-acción en las etapas lectiva y productiva...”. Además de esto resalta el papel conformador que asume la empresa en el proceso formativo del aprendiz así como su injerencia directa en el aseguramiento de la calidad del mismo. Sobre este sustento en nuestro país se encuentran reglamentaciones del contrato de aprendizaje desde 1950 en el Código Sustantivo del Trabajo. En tal sentido, desde las más antiguas disposiciones legales e inherentes al aprendizaje en el campo productivo por medio del desarrollo de las actividades propias del oficio, los aprendices cumplen con lo que el código sustantivo del trabajo considera los tres elementos constitutivos de un contrato de trabajo:

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

1. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Código Sustantivo del Trabajo

A partir de esto y teniendo en cuenta que los aprendices cumplen con los tres requisitos constitutivos de contrato de trabajo, el contrato de aprendizaje debe recuperar el carácter laboral que además le permita al aprendiz gozar de los beneficios y garantías mínimas adquiridas con la relación laboral como lo son el derecho a tener seguridad social, primas legales, dotación, etc. por otra parte mantener una figura que permite una remuneración económica por debajo del salario mínimo mensual legal vigente no solo es violatorio del derecho que le asiste a todo trabajador de recibir una remuneración que le permita sobrevenir sus necesidades, sino que además está generando un marco profundamente inequitativo que precariza el trabajo en los jóvenes.

La cuarta parte de la ley 789 del 2002, objeto de esta exposición comprende varias disposiciones orientadas a flexibilizar los contratos laborales. Se amplió la jornada de

trabajo ordinario, se redujeron marginalmente los sobrecargos para el trabajo durante festivos y dominicales, y se disminuyó la indemnización por despido sin justa causa

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

para trabajadores de diez o más años, eliminando así una discontinuidad presente en la legislación anterior. Así mismo, se establecieron indemnizaciones diferenciales por despidos sin justa causa según el nivel salarial.

A manera de resumen, puede afirmarse que las dos primeras partes de la Ley 789 de 2002 crearon programas asistenciales de cobertura limitada y carácter temporal. La tercera parte flexibilizó las relaciones laborales para un contrato particular, y creó un impuesto a la nómina para las empresas cuya demanda por aprendices se ubique por debajo de los niveles exigidos; impuesto que viene a sumarse a los varios ya existentes.

En aplicación del texto del artículo 160 del Código Sustantivo de Trabajo, antes de la Ley 789 de 2002, los trabajadores de menores ingresos y los de labores más humildes se esforzaban trabajando después de la jornada ordinaria laboral, atraídos porque la jornada diaria terminaba a las 6:00 horas p.m. y después de esa hora, el trabajo extra o suplementario en jornada nocturna se remunera con un recargo del 75% y eso les permitía a los trabajadores menos favorecidos que devengan el salario mínimo acceder a unos mayores y mejores ingresos, extendiendo su jornada laboral. De igual manera el recargo dominical y festivo, antes de la aplicación de la Ley 789 de 2002 (Reforma Laboral), fue un medio de compensación para personas que desempeñaban labores de conserjes, trabajadores de hoteles, restaurantes, otros, que veían un ingreso adicional que les facilitaría elevar su nivel de ingresos con el consecuente impacto sobre su calidad de vida, a partir del mencionado recargo. Ahora bien, estudios de órganos de control y académicos, han demostrado que esta empleabilidad objeto de la modificación del C.S.T., sustentada principalmente en los Artículos 25, 26, 28, y 51 de la Ley 789 de 2002, no generó los resultados esperados de esta ley, pero si se desmejoraron las condiciones laborales y materiales a los trabajadores colombianos,

Teniendo en cuenta las estadísticas del DANE referidos al crecimiento económico que señalan el aumento de los indicadores en esta materia, hasta alcanzar registros del 5.9% durante los distintos periodos de medición durante la vigencia de la ley 789 de 2002, vale la pregunta por la calidad del empleo que se está generando a partir de los ciclos de crecimiento registrados; que es lo mismo que preguntar qué tanto trabajo "decente" está produciendo el modelo económico. Desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo (1999), "trabajo decente" es aquel que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana; un trabajo que además tiene que ser productivo y no de mera sobrevivencia. En este sentido, un indicador clave del trabajo decente es la afiliación a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, de los cuales al menos en los casos de dos de estos rubros se ilustra qué tanto trabajo decente y formal está generando el crecimiento de la economía.

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

Cuadro 1. Población ocupada y afiliados cotizantes a pensiones.

Cifras diciembre 31 de cada año.	2010	2011	Variación %
Población ocupada	19.549.661	20.770.257	6.24
Afiliados cotizantes fondos privados	4.282.424	4.151.503	-3.05
Afiliados cotizantes régimen de prima media	1.861.385	1.963.743	5.50
Total afiliados cotizantes	6.143.809	6.115.246	-0.46
Participaciones afiliadas cotizantes a pensiones sobre el empleo total (%)	31.42	29.44	-6.3
Afiliados Fondos de Cesantías	5.401.373	5.331.109	-1.0

Cifras a diciembre de cada año.

Fuente: SUPERFINANCIERA, pensiones, cesantías y fiduciarias.

Como se puede observar en el cuadro 1, en el último año el empleo creció en 6.24%. Pero el empleo con protección social, al menos en relación con un indicador clave para medir la calidad del empleo como lo es la filiación al régimen de pensiones, retrocede. Lo que indica que el empleo que se está generando es mayoritariamente al margen de la protección social, empleo temporal, precario, generado principalmente en la economía informal.

Cuadro 2. Gran Encuesta Integrada de Hogares; Población ocupada según posición ocupacional Total nacional. Trimestre móvil. Fuente: DANE.

Categoría ocupacional	Octubre 2010	Octubre/diciembre 2011	Participación empleo total %	Variación anual %
Ocupados Total Nacional	19.788	21.127	100	6,76
Empleado particular	6.733	7.073	33,48	5,05
Empleado del Gobierno	776	755	3,57	-2,71
Empleado doméstico	701	736	3,49	5,02
Cuenta propia	8.712	9.256	43,81	6,23
Patrón o empleador	976	1.049	4,97	7,46
Trab. familiar sin remuneración	966	1.262	5,98	30,64

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

Trabajador sin remuneración otras empresas	107	174	0,82	62,27
Jornalero o Peón	786	778	3,68	-0,97
Otro	30	42	0,20	43,49

Si miramos los resultados de 2011 en la Gran Encuesta de hogares 2010 -2011 por población ocupada según categoría ocupacional, los datos del DANE no son para nada reconfortantes, pues las categorías que más crecieron fueron precisamente aquellas relacionadas con trabajadores que tienen un empleo precario en todos los sentidos, como los "trabajadores sin remuneración en otras empresas", que crecieron 62.27%, y Los "trabajadores familiares sin remuneración, que se incrementaron en un 30.64%.

Aunque la primera categoría tiene poco peso en el total del empleo (apenas el 0.8%), la otra sí es significativa, pues representa casi el 6% del total. Ambas categorías expresan situaciones laborales bastante precarias, como el hecho mismo de realizar un trabajo por el que no se recibe ninguna remuneración, como es el caso de muchos aprendices del SENA, que actualmente para recibir su certificación deben hacer una práctica en empresas por un mes o dos, sin ninguna remuneración, y sin la afiliación correspondiente a la seguridad social.

Cuadro 1. Tasa de Desempleo Mensual desde el 2001 al 2012

MES	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Enero	16,7%	17,9%	16,1%	17,0%	13,2%	13,4%	13,9%	13,1%	14,2%	14,6%	13,5%	12,4%
Febrero	17,2%	16,3%	16,2%	15,7%	14,2%	13,0%	12,8%	12,0%	12,5%	12,6%	12,8%	11,9%
Marzo	15,9%	14,9%	12,9%	13,6%	12,9%	11,3%	11,9%	11,2%	12,0%	11,8%	10,8%	N.D
Abril	14,5%	16,1%	14,8%	14,7%	12,1%	12,0%	10,9%	11,1%	12,1%	12,2%	11,2%	N.D
Mayo	14,2%	14,5%	12,9%	13,8%	12,3%	11,9%	11,5%	10,8%	11,7%	12,1%	11,3%	N.D
Junio	15,2%	16,2%	14,0%	14,0%	11,5%	10,5%	11,2%	11,2%	11,4%	11,6%	10,9%	N.D
Julio	15,1%	15,4%	14,3%	12,9%	12,0%	12,4%	11,2%	12,1%	12,6%	12,6%	11,6%	N.D
Agosto	14,5%	15,8%	14,6%	13,1%	11,8%	12,8%	10,7%	11,2%	11,7%	11,2%	10,1%	N.D
Septiembre	14,2%	14,5%	14,3%	12,5%	11,2%	12,9%	10,8%	11,0%	12,2%	10,6%	9,8%	N.D
Octubre	14,4%	14,4%	13,6%	12,6%	10,0%	11,4%	10,1%	10,1%	11,5%	10,2%	9,0%	N.D
Noviembre	13,6%	14,7%	12,9%	11,8%	10,2%	10,9%	9,4%	10,8%	11,1%	10,8%	9,2%	N.D
Diciembre	13,7%	15,5%	12,1%	12,1%	10,3%	11,8%	9,9%	10,6%	11,3%	11,1%	9,9%	N.D

Fuente: BANCO DE LA REPUBLICA.

El cálculo de la reducción en los costos laborales asociados a la reforma laboral (y, en particular, a la disminución de las indemnizaciones y el aumento de la jornada diurna de trabajo) es complejo. Cabe resaltar la siguiente distinción. Mientras el aumento de la

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

jornada diurna de trabajo y la disminución de los recargos dominicales tienen beneficios directos e inmediatos, al menos para las empresas que operan por fuera de los horarios ordinarios, la disminución de los costos de despido incide sobre los costos de ajuste, su beneficio sólo se materializa cuando las empresas deciden reducir su

nómina. Es posible, sin embargo, calcular la reducción en los costos directos propiciada por los menores costos de despido.

Según la OIT el desempleo en Colombia durante 2011 fue de 10,8%. En el país hay 2,4 millones de personas sin empleo. Para el mes de diciembre cerró con una tasa de desocupación del 9,8%, lo que corresponde a cuatro meses consecutivos con tasas de un dígito. La tasa de desempleo del país sigue siendo una de las más altas de la región.

En un año se redujo en un punto porcentual la tasa global de desempleo, pasó de 11,8% en 2010 a 10,8%. En 2011, para el total nacional la población ocupada fue 20 millones de personas, la población desocupada 2,4 millones de personas y la población inactiva 12,8 millones de personas.

En promedio para 2011, la tasa global de participación fue 63,7%, la tasa de ocupación 56,8% y la tasa de desempleo 10,8%. En el trimestre octubre - diciembre de 2011, la rama de actividad que concentró el mayor número de ocupados fue comercio, restaurantes y hoteles (26,4%). El 43,8% de los empleados del país son trabajadores por cuenta propia. La tasa de desempleo de los jefes de hogar fue 4,8%. En diciembre de 2011 la tasa de desempleo fue 9,8%, frente a 11,1% del mismo mes de 2010.

En 2011 las ciudades que registraron mayores tasas de desempleo fueron, Quibdó con una tasa de 18,6%; Popayán, con niveles de 17,4% y Armenia con una tasa de desempleo 17,3%. Mientras que las ciudades con los niveles más bajos son San Andrés, que es el ejemplo nacional, con un indicador de 7,3%, Barranquilla llegó al 8,2% y Bogotá con una tasa de desempleo de 9,5%.

En noviembre del 2011 se registró una tasa desempleo de 9,2%, lo que corresponde a 2,1 millones de desocupados. Además en ese mes se registraron 20,4 millones de personas trabajando. Colombia tiene, además, la tasa de desempleo juvenil más alta (21,8% frente a 14,9% regional) al igual que un desempleo mayor en las mujeres (14% vs. 8,3%), entre otros problemas.

Los efectos de la Ley 789 de 2002 (conocida popularmente como la contra reforma laboral) han sido debatidos de manera intensa en el país. El debate ha estado

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

dominado por posturas ideológicas desprovistas, en la mayoría de los casos de fundamentos empíricos. Algunos sectores aducen que el efecto más notable de la reforma ha sido la disminución en la calidad del trabajo y el incremento de las utilidades de las empresas a costa de los ingresos de los trabajadores menos calificados. Otros argumentan que la reforma ha contribuido de manera notable a aumentar la demanda por trabajo y a impulsar la recuperación de la inversión privada. Por su parte, el gobierno ha enfatizado los beneficios sociales aprobados (o promovidos) por la reforma, los cuales constituyen, en opinión del mismo gobierno, un primer intento de brindar protección efectiva a los desempleados. El debate nacional se inscribe dentro de un debate académico más amplio y aún inconcluso. Algunos prominentes economistas argumentan que la flexibilización del mercado laboral involucra mayoritariamente cuestiones redistributivas, mientras otros plantean que las rigideces laborales implican pérdidas sustanciales de eficiencia y afectan adversamente la generación de empleo.

Más allá de proporcionar un sustento objetivo a un debate ideológico, este proyecto de ley busca enfocar lo inconducente por lo prescrito en la ley 789 de 2002, la cual establece la obligatoriedad de la evaluación de las normas aprobadas después de doce años de su vigencia y estipula (además) que “el Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo”.

A pesar de lo perentorio del mandato legal, son pocos (e insuficientes) los trabajos que intentan una evaluación exhaustiva de la reforma laboral. Aunque el análisis de las cifras no siempre conduce a resultados definitivos, al menos cinco conclusiones generales pueden formularse. A saber: (i) la reforma tuvo un efecto importante sobre la contratación de aprendices; (ii) la reforma también parece haber contribuido a disminuir el subempleo por insuficiencia de horas (especialmente en el sector servicios); (iii) el efecto sobre la generación de empleo fue inferior al esperado; (iv) el efecto sobre la formalización fue también menor (en el mejor de los casos) y (v) los programas de apoyo al desempleado y de estímulo a la generación de empleo han estado plagados de problemas de demanda y su ejecución ha sido inferior a la inicialmente presupuestada. En síntesis no sirvieron de nada.

Adicionalmente a la Procuraduría General de la Nación mediante concepto D-6822 C-4398 de octubre 12 de 2007 / Procuraduría General de la Nación, solicitó a la Honorable Corte Constitucional “Revivir” las normas derogadas en la reforma laboral bajo la Ley 789 de 2002 “Las normas derogadas por cuatro artículos contenidos en la pasada Reforma Laboral, como el reconocimiento del recargo nocturno por jornadas de trabajo después de las seis de la tarde y el pago triple de los festivos y dominicales, deben recobrar su vigencia ante la falta de efectividad de las disposiciones

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

introducidas, consideró el procurador general de la Nación, Edgardo Maya Villazón, al solicitar a la Corte Constitucional declarar contrario a lo dispuesto en la Carta Política de 1991 las modificaciones aprobadas por el Congreso mediante la Ley 789 de 2002. El Jefe del Ministerio Público consideró que si los resultados esperados con la aplicación de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 sobre la generación de empleo no se han cumplido, las medidas adoptadas con base en la norma resultan inadecuadas, van en detrimento de los trabajadores y su aplicación atenta contra “la dignidad humana, el derecho al trabajo y las garantías mínimas laborales y desconocen principios, valores y derechos fundamentales contenidos en la Carta Política y los tratados internacionales”.

La investigación desarrollada por el profesor Alejandro Gaviria, de la Universidad de los Andes, llamada; *Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no?* Concluyó que “Los resultados no sugieren un efecto sustancial de la reforma sobre la generación de empleo. Tanto la evidencia directa, basada en las respuestas de los representantes de las empresas entrevistadas, como la evidencia indirecta, basada en las diferencias sectoriales, indican que los efectos sobre el empleo fueron marginales. Una interpretación liberal de la evidencia podría adjudicar a la reforma la creación de 15.000 empleos en el sector de servicios. Pero los resultados son claramente inconsistentes con la cifra de 150.000 empleos por año citada durante la discusión parlamentaria...”

De igual manera de la Universidad Externado de Colombia un estudio sobre *“El mito de la flexibilización laboral: incidencia de las normas laborales ley 50 de 1990 y ley 789 de 2001 en el mercado de trabajo, específicamente en el desempleo en Colombia* (Ramiro Humberto Giraldo Naranjo Joanna Alexandra Rodríguez Tamayo) se concluye que *“...detrás del mito de los 650 a 700 mil nuevos empleos estimados para los próximos cuatro años, o de los 350-260 mil en un año y medio, está la cruda realidad de unos pocos miles de empleos adicionales generados en los primeros dos años de vigencia de la ley. A través del seguimiento a los programas previstos se infiere una cifra cercana a 40.000 nuevos puestos de trabajo...”*.

Revistas especializadas en temas económicos se han pronunciado en ese sentido, donde se han registrado el sin sabor de la Reforma Laboral y sus resultados. Es el caso de la revista electrónica *Gerencie.Com* que cita la OIT, en su artículo *“Contradicciones de la Ley 789 de 2002”*, en la que plantea las contradicciones de la llamada Reforma laboral, frente a la creación de nuevos empleos partiendo del abaratamiento de la mano de obra, eliminando en buena parte el recargo nocturno, permitiéndole al empleador reducir costos por horas extras y recargos nocturnos. Al respecto la revista expresa lo siguiente;

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

“Lo que ha sucedido con ello, es que las empresas obligan a sus trabajadores a laborar más horas extras y con ello evitar la contratación de nuevos empleados, puesto que sale más barato y máxime cuando muchas empresas evaden la carga prestaciones correspondiente al trabajo extra (adicional), y en el peor de los casos ni siquiera le pagan a sus trabajadores el tiempo extra que laboran. Al hacer más barato el trabajo nocturno y adicional (extra), las empresas simplemente optan por exigir más horas extras a sus trabajadores en lugar de contratar más empleados, con lo que se consigue el efecto contrario. ¿Para qué contratar nuevos empleados si podemos obligar a los mismos a que hagan el trabajo adicional por un valor igual o menor? Anualmente son millones de horas extras las que se laboran, horas extras que trabajadas por nuevos empleados serían suficientes para generar varios miles de empleos.”

Y así mismo concluyó que; *“Ha sido suficientemente demostrado que la ley 789 no contribuyó a generar empleo, y en eso han coincidido muchos especialistas y expertos, pero no obstante, no hay esperanza para los trabajadores de recuperar lo perdido con esta ley a pesar de ser contradictoria, a pesar de haber sido una gran falacia...”*

Por otra parte, la Jurisprudencia fijada por la Honorable Corte Constitucional ha establecido la siguiente regla de entendimiento de lo que debe tenerse por regímenes de Derechos Adquiridos o Cumplido: C-177 de 2005.

- Derechos adquiridos en materia laboral-definición-normas de derecho laboral-efecto general e inmediato/ley laboral-no afecta situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores:
- Principio de no menoscabo de los derechos de los trabajadores-Aplicación de leyes laborales en los contratos de trabajo que se encuentren vigentes o en curso en el momento en que aquellas empiecen a regir: Corte Constitucional

“El principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos adquiridos, y no a las expectativas legítimas. Estas últimas pueden, en principio, ser afectadas por las nuevas normas laborales, sin que ello constituya una vulneración del principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores”

“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hace parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo del año 1918).

“Fiore dice que el derecho adquirido en atención a la ley nueva, es el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Dice el mismo autor 'lo pasado que queda fuera de la ley es el derecho individualmente ya adquirido en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente.'

Es claro que el primer inciso del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo ratifica lo dicho por la Corte Constitucional y prohíbe la aplicación retroactiva de las nuevas normas laborales, al expresar que “[l]as normas sobre trabajo (...) no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores. Con ello se protegen los derechos que ya han pasado a formar parte del patrimonio de las personas, es decir los derechos adquiridos. Tal es el caso de los derechos a sobre cargo por horario extra nocturno, dominicales y festivos y otros, eliminados de la ley laboral por la reforma del 2002.

El Legislador en el año 2002 tramitó una iniciativa gubernamental con el sólo propósito de promover la “empleabilidad y desarrollar la protección social”, y entre las consideraciones que se tuvieron en cuenta por el Congreso de la República para aprobarla, (a pesar de recortar derechos adquiridos de trabajadores colombianos), primó aquella según la cual se generaría entre 650 a 700 mil nuevos empleos para los cuatro años siguientes, es decir, entre el año 2003 al año 2007. Lo cual no sucedió con un enorme costo social para los trabajadores, que han visto perder una suma apreciable de sus ingresos por razón de los sacrificios impuestos a su régimen laboral y a sus derechos adquiridos, consagrados en el anterior.

El artículo 46 de la precitada ley, dispuso que con el fin de poder modificar o derogar aquellas disposiciones que no hubieren logrado los objetivos de generar empleo, se hicieran estudios periódicos por parte de una comisión de seguimiento de la cual hiciera parte miembros del propio Congreso. A esta comisión se le denominó por la propia ley; “Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de

Empleo”, y sería configurada por dos (2) Senadores de la República, dos (2) Representantes a la Cámara, designadas por las Mesas Directivas de senado y cámara respectivamente, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por las centrales obreras y un delegado de los empleadores. Comisión que tendría que haber evaluado las disposiciones legales mencionadas y su vigencia conforme a la consecución de los objetivos planteados en materia de generación de empleo.

Es imperativo que el legislador de Colombia proceda entonces a dar esta discusión y a proceder con lo establecido en la misma ley por razones de “**permanente precariedad**” establecida en el parágrafo del artículo 46 ley 789 2002 que dispuso; “Transcurridos

Senador de la República Alberto Castilla Salazar

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.”

Tenemos entonces, que es ineludible presentar a consideración del honorable Senado de la República de Colombia el siguiente proyecto de ley, en concordancia con lo establecido y previsto en la misma norma antes citada y en el marco del artículo 53 de la Constitución Política, conforme a los principios allí contenidos, en desarrollo de valores y principios que consagran la defensa del trabajo y los derechos laborales adquiridos que deberán prevalecer en el marco del Estado social de Derecho y en cualquier escenario de discusión sobre la realidad material que afrontan los jóvenes en proceso de formación profesional así como el conjunto de los trabajadores y trabajadoras colombianas.

Atentamente,

JESÚS ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República