UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El principio de estabilidad laboral en Colombia: La tensión entre los derechos sociales laborales vs las políticas neoliberales de flexibilización.

Sandra Carolina Cerquera Unda

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá, Colombia
2018

El principio de estabilidad laboral en Colombia: La tensión entre los derechos sociales laborales vs las políticas neoliberales de flexibilización.

Sandra Carolina Cerquera Unda

Tesis o trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Guillermo Castro

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2018

A Dios por permitirme lograr este sueño, a mis padres, Álvaro y Yolanda por el apoyo incondicional que siempre me han brindado, a mi esposo Juan Carlos por su paciencia y a mi hermana Vanessa por siempre ser para mí un ejemplo de perseverancia.

Resumen

El grado de protección del principio de estabilidad laboral en los fallos de la Corte Constitucional es muy variada, pues no solo depende de la calificación del sujeto y del vínculo laboral, sino en muchas ocasiones de la tensión que existe entre el Estado social de derecho y el modelo económico neoliberal. Esto ha generado que se analice el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al tema de estabilidad laboral de varios grupos de trabajadores (mujeres embarazadas y empleados o trabajadores del sector público y del sector privado que no presentan ninguna protección constitucional especial), con el fin de determinar si esta siempre mantiene una postura social o por el contrario se ha dejado tentar por las promesas ilusorias de la implantación de las políticas neoliberales de flexibilización laboral.

Palabras Claves: Estabilidad laboral, Estado social de derecho, neoliberalismo, políticas neoliberales, flexibilización laboral.

Abstract

The degree of protection of the principle of labor stability in the judgments of the Constitutional Court is diverse since it depends not only on the qualification of the subject and the labor relationship, but on many cases of the tension that exists between the social state of law and the Neoliberal Economic model. It has led to the analysis of the Constitutional Court's jurisprudential precedent regarding the labor stability issue of several groups of workers (pregnant women and employees or workers of the public and private sector who do not present any special constitutional protection). To determine if this always maintains a social position or on the contrary, it has been left to tempt by the illusory promises of the implantation of the neoliberal policies of labor flexibility.

Keywords: Labor stability, social rule of law, neoliberalism, neoliberal policies, labor flexibility.

Contenido

Resumen……VII

Lista de tablas y abreviaturas……V

Introducciòn……1

1. ¿Estado social de derecho o neoliberalismo? Hacia la construcciòn del principio de estabilidad laboral 7

1.1. El Estado social de derecho 7
1.1.1. Antecedentes Històricos 7
1.1.2.Antecedentes constitucionales 9
1.1.3.El Estado de bienestar y su clasificaciòn 10
1.1.4.La formula del modelo de Estado social de derecho 12
1.1.5.Los submodelos del Estado social 13
1.1.6.Definiòn y caracteristicas del Estado social de derecho 15
1.1.7.El Estado social de derecho en la Constituciòn de 1991…… 18
1.1.8.El trabajo en el Estado social de derecho 19
1.1.9.La legislaciòn internacional del trabajo 21
1.2. El principio de estabilidad laboral en Colombia 24
1.2.1.Los derechos sociales en la Constituciòn de 1991 y los principios minimos fundamentales (Art. 53 C.N) 24
1.2.2. El principio de estabilidad en el empleo 25
1.2.3. Antecedentes constitucionales 26
1.2.4. Concepto 27
1.2.5.Tipologia Contractual 28
1.2.6.Sistema de protecciòn de empleo en Colombia 28
1.2.7.La estabilidad laboral reforzada en la jurisprudencia CN 30
1.2.7.1.Mujeres embarazadas 32
1.2.7.2.Personas con discapacidad 32
1.2.7.3.Fuero sindical 33
1.2.7.4.Reten Social 34
1.3.Las politicas neoliberales y su contraposicion con el Estado social de derecho . 35
1.3.1. Antecedentes Generales 36
1.3.2.El neoliberalismo 36
1.3.2.1.Teorìas filòsoficas 37
1.3.2.2.Las teorìas neoliberales contemporaneas 39
1.3.3.Las politicas neoliberales del consenso de Washington y su aplicaciòn en el Estado Colombiano 42
1.4.Conclusiones 44

2. ¿Que tanto defiende la Corte Constitucional la Estabilidad en el Empleo? 46

2.1.La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada 48
2.1.1. Precedente jurisprudencial 49
2.1.1.1 La modalidad del contrato 51
2.1.1.2.Si el empleador conocio o no del Estado de gravidez al momento del despido 53
2.1.1.3. La extensiòn del derecho a la estabilidad laboral 53
2.2. Conclusiones 54

2.3.Precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral impropia de los empleados y trabajadores en Colombia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional..... 55
2.3.1.El Precedente jurisprudencial de los funcionarios de carrera administrativa frente al principio de estabilidad laboral 55
2.3.2 Precedente de estabilidad del empleado publico..... ……56
2.3.2.1 Precedente en caso de supresion del cargo del empleado publico en la carrera administrativa..... 59
2.3.3. Precedente de estabilidad del empleado en provisionalidad 60
2.3.4 Excepciones a la carrera administrativa 64
2.3.4.1. Precedente de estabilidad de empleado de libre nombramiento y remociòn …… 64
2.3.4.2 Trabajadores Oficiales ..... ……67
2.3.5. Precedente de estabilidad en trabajadores del sector privado... 70
2.3.5.1.Terminaciòn unilateral del contrato de trabajo con justa causa 70
2.3.5.2.Terminacion unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. 71
2.3.5.3.Contratos a termino fijo 74
2.4.Sentencias que representan un alto grado de flexibilizaciòn laboral en trabajadores del sector privado 77
2.5. Conclusiones Finales 80

3. ¿Que nos depara el futuro? Hacia una nueva concepcion del principio de estabilidad laboral..... 83
3.1 ¿Que aspectos queremos rescatar del pasado? 84
3.2 ¿Que aspectos del presente queremos rescatar? 86
3.2.1.Los postulados constitucionales del Estado social de derecho en la jurisprudencia sobre estabilidad laboral 86
3.2.1.1. Dignidad humana 86
3.2.1.2. Minimo Vital 87
3.2.1.3. Igualdad Material (No discriminacion)..... 87
3.2.1.4. Principio de Carrera Administrativa 88
3.2.1.5. Principio de Solidaridad..... 89
3.2.1.6. Principio de Publicidad 89
3.2.1.7. Debido Proceso 90
3.3 ¿Que debemos corregir? 90
3.3.1. La politicas neoliberales inmersas en una justificaciòn constitucional en la jurisprudencia..... 91
3.3.1.1. “La promociòn del empleo”..... 91
3.3.1.2. La liberalizaciòn del comercio a travès de los TLC..... 92
3.3.1.3. La confianza del empleado de libre nombramiento y remociòn…….. 93

3.3.1.4. "La defensa de la CC para que los trabajadores no fueran despedidos al cumplir 10 años de servicios” 95
3.3.1.5. Las meras expectativas que justifican la regresividad 96
3.3.1.6.La terminaciòn unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador…… 97
3.4 ¿Que debemos reproducir? 97
3.5 ¿Cómo lo solucionamos?..... 99

3.5.1. Una alternativa juridica que permite una mayor protecciòn de la estabilidad laboral desde la perspectiva de los convenios internacionales..... 99
3.5.1.1. La preferencia por el contrato a termino indefinido..... 101
3.5.1.2. La restricciòn a la terminiaciòn unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador..... 102
3.5.1.3. Formas de aplicaciòn del Convenio N 158 de la OIT y otras bondades 103
3.5.2. Otras alternativas para la protecciòn del principio de estabilidad laboral 104
3.6 Entonces ¿Que nos depara el futuro? 106

4. Conclusiones 108

Bibliografía 115

Lista de tablas

Pág.

Tabla 1-1: Lista de Tratados Internacionales en relación con derechos laborales en el derecho Internacional de los derechos humanos……..22

Tabla 1.2: Tratados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. ……23

Tabla 1.3: Convenios Internacionales sobre estabilidad laboral……24

Lista de abreviaturas

Abreviatura	Término
CC	Corte Constitucional
CST	Código Sustantivo del Trabajo
RIT	Reglamento Interno de Trabajo
CN	Constitución Nacional
ed.	Edición
Ord.	Ordinal
p.	Página
pp.	Páginas
vol.	Volumen
Art.	Articulo
Num.	Numero

Introducción

Es difícil predecir que nos depara el futuro, más cuando tenemos tantos intereses contrarios entre grupos políticos, económicos y sociales que conforman las esferas del poder en el Estado colombiano, lo que hace que nos preguntemos, ¿el futuro cercano será más garantista con la protección de los derechos sociales[1]? o por el contrario tendremos que vivir en un Estado individualista sumergido en las sombras de los intereses económicos de unos cuantos. Todo depende de que camino tomemos.

Es por ello que el objetivo principal del presente trabajo de investigación, se centra en determinar qué grado de protección ofrece el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho social y principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo (Art. 53 CN), en fallos de mujeres embarazadas (estabilidad laboral reforzada) y de empleados y trabajadores del sector público y privado, que no presentan ninguna protección constitucional especial (estabilidad impropia), pues con ello se busca analizar si la Corte Constitucional defiende efectivamente el derecho social de estabilidad en el empleo o si por el contrario lo que intenta es justificar políticas neoliberales frente a dicho principio mínimo fundamental.

Es de aclarar que el objetivo principal enunciado tiene su fundamento en la tensión que existe entre el modelo de Estado social de derecho y consecuente protección de los derechos sociales laborales por un lado, y por el otro el modelo económico neoliberal y las políticas que se desprenden de este, pues en Colombia, la Constitución de 1991 estableció un catálogo de derechos, entre estos los DESC y les otorgó fuerza normativa. Así mismo, con la política de apertura económica y modernización del Estado[2] "la Carta política también implementó un modelo de desarrollo con características eminentemente neoliberales que exige del Estado un estricto reajuste en términos de su forma y funciones para responder a las nuevas condiciones del proceso productivo: reorganizar la política macroeconómica buscando equilibrios, realizar ajustes fiscales que implican recortes sustanciales en las políticas sociales, reordenar y modernizar su institucionalidad". (Guzman, 2011)

Analizada la tensión descrita, en el presente trabajo de investigación se establecerán las estrategias que permitan garantizar a futuro un mayor grado de protección en el desarrollo

[1] Es importante tener en cuenta que a pesar de que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo en la estructura económica, social y cultural de la sociedad colombiana y por supuesto en el ámbito jurídico, por ser un tema tan amplio, en esta investigación no se describirá el contenido de todos los derechos sociales, sino sólo los que tienen íntima relación con el derecho al trabajo, y más específicamente el de estabilidad laboral.

[2] Con las reformas del Presidente Cesar Gaviria se avanzó de manera significativa hacia la llamada desregulación la economía y se sentaron las bases para la reforma neoliberal del Estado. El proceso de juridizaciòn de la política neoliberal frente a la economía se adelantó con fuerza en la segunda legislatura de 1990. La mayoría de reformas fueron aprobadas ese año y ya a principios de 1991 fue sancionada por la presidencia. (Estrada, 2004).

del derecho social y principio mínimo fundamental de estabilidad laboral en el Estado colombiano.

En consecuencia de lo antes descrito, el problema objeto de investigación parte de la base que existe una contradicción entre la protección constitucional de los derechos sociales laborales que se encuentran contemplados en el capítulo 2, artículos 53 de la Constitución de 1991, de un lado, y del otro, la formulación de un modelo económico y social neoliberal, lo que permite preguntarse el grado de protección que ofrece la Corte Constitucional a través de sus sentencias respecto al principio de estabilidad laboral (Art. 53 C.N) en mujeres embarazadas y en empleados y trabajadores del sector público y sector privado que no presentan ninguna protección constitucional especial, con el fin de determinar si dicho precedente jurisprudencial se enmarca dentro del modelo de Estado social de derecho o por el contrario busca justificar las políticas neoliberales y de flexibilización laboral impulsadas por los poderes legislativo y ejecutivo[3].

Por tanto, la pregunta objeto de investigación es la siguiente: ¿Qué grado de protección ofrecen las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana respecto al principio de estabilidad laboral en mujeres embarazadas (estabilidad laboral reforzada), empleados y trabajadores[4] del sector público y privado que no presentan ninguna protección constitucional especial (Art. 53 CN) (estabilidad impropia), en contraposición a las políticas neoliberales que buscan la flexibilización laboral?

Así las cosas, en el presente trabajo se investigará si la Corte Constitucional viola el derecho social y principio mínimo fundamental de estabilidad laboral.

Frente a la descripción hecha del problema anterior, se presenta la siguiente hipótesis: El grado de protección del principio de estabilidad laboral es intermedio en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, pues mientras que los fallos sobre mujeres embarazadas buscan conservar su empleo y son altamente garantistas acordes con el modelo de Estado social de derecho, no sucede lo mismo con las sentencias de los empleados y trabajadores del sector público y privado que no poseen ninguna garantía constitucional especial, pues dicho precedente muchas veces justifica políticas neoliberales de flexibilización en el mercado de trabajo, haciendo que el grado de protección respecto de estas sentencias sea bajo. Por tanto, para garantizar una mayor protección en procura de maximizar el derecho social a la estabilidad laboral es necesario que la Corte Constitucional en la interpretación de sus fallos busque mayores garantías que permitan un precedente jurisprudencial más proteccionista que genere la evolución

[3] Esto se afirma, de acuerdo a las reformas laborales impulsadas por las rama legislativa y ejecutiva al C.S.T. como la ley 50 de 1990 y la ley 787 de 2002.

[4] Se consideran empleados y trabajadores del Estado a todo servidor público, regido por una relación legal o reglamentaria en la forma prevista en el artículo 123 de la C.N. Así mismo, se consideran trabajadores del sector privado las personas que tienen un contrato de trabajo en los términos del Art.22 del C.S.T, entendido este como aquel por el cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

Dentro de los grupos de trabajadores cuya jurisprudencia constitucional se analizó en el presente trabajo de investigación encontramos:

- Empleados público.
- Empleado público en provisionalidad.
- Empleado de libre nombramiento y remoción.
- Trabajadores oficiales.
- Trabajadores del sector privado.

del principio de estabilidad, de una estabilidad impropia a una estabilidad absoluta en pro de la defensa de los derechos sociales laborales.

Ahora bien, la respuesta al problema jurídico se logró gracias la metodología utilizada para la realización del trabajo de investigación, la cual se centró en el estudio de la dogmática jurídica de acuerdo con el análisis del precedente jurisprudencial sobre el tema objeto de investigación, pues a partir del examen juicioso de estas sentencias, se pudo establecer el grado de protección que ofrece la Corte Constitucional sobre el principio de estabilidad laboral.

Respecto a la dogmática jurídica, cabe destacar que (Courtis, 2006) señala que: "la misma se propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo"[5]. Es por ello que precisamente ese proceso de enseñanza y de aprendizaje, se llevó a cabo en la presente investigación. Así mismo, desde la óptica del autor citado, para hacer una investigación jurisprudencial se debe: i) elegir la decisión o el conjunto de decisiones ii) determinar el conjunto de sentencias a analizar iii) el carácter reciente de las normas aplicadas por las sentencias.

Por último, para Courtis, la intención predominante para el análisis de estas decisiones judiciales es a) describirlas y sistematizarlas, b) extraer de ellas algunas consecuencias que sirvan para predecir decisiones judiciales futuras (orientación de sentencia lata) c) criticar las soluciones adoptadas y sugerir la interpretación que debieron haber adoptado los jueces y que deberían adoptar en casos similares futuros (sentencia lege ferenda) d) sugerir que dados los resultados a los que lleva su aplicación judicial, la norma aplicada debería modificarse.

Lo anterior fue de vital importancia para el desarrollo de la investigación, teniendo en cuenta que la misma contiene varias tareas, en primer lugar a) un trabajo de descripción y sistematización cuya finalidad fue informar al lector de los precedentes jurisprudenciales relevantes generados en relación con el criterio de selección elegido, b) presentación de casos de interpretación de sentencias que a menudo se entremezclan proponiendo esclarecer su sentido y proyectar sus consecuencias a través de sentencias no aceptadas (sentencia lata). c) sentencias en donde existen derivaciones no aceptadas ni justificadas del derecho aplicable y por ende se considera que las decisiones judiciales criticadas han sido erróneas y por ende deben enmendarse en casos futuros, dando lugar a recomendar un cambio de rumbo de la jurisprudencia (sentencia ferenda). d) El análisis de una o varias sentencias judiciales es empleado como argumento para demostrar la necesidad de introducir una modificación en el derecho vigente. (Lege Ferenda)

Así mismo, otro aspecto a destacar de la metodología, es que el desarrollo de la investigación se organizó tomando como base el libro ¿algo está mal? (Judt, Algo esta mal, 2010), a través de tres (3) capítulos consistentes al estado del arte (que refleja los conceptos generales y el pasado), marco teórico (Que refleja el actual precedente de la CC) y por último, una propuesta de la investigación, que intenta vislumbrar que podría depararnos el futuro. A continuación se hace una aproximación general de estos tres capítulos:

El primer capítulo se divide en tres subtemas, en el primero de ellos se estudia de manera general las características principales del Estado social de derecho, la protección que le da está al derecho al trabajo y su relevancia en el derecho internacional. En el segundo subtema se aborda lo referente al principio mínimo fundamental de estabilidad laboral, haciendo una breve descripción de lo que la Corte Constitucional ha definido como estabilidad laboral reforzada y a los diferentes grupos de personas que presentan este tipo de protección constitucional especial. Por último, la tercera parte del capítulo hace referencia al neoliberalismo, para luego centrarse en las políticas del consenso de Washington que darán lugar a explicar lo referente a la flexibilización laboral en Colombia[6].

Cabe resaltar que en el capítulo descrito se estableció que la protección frente al principio de estabilidad laboral ha ido disminuyendo de forma consecuente con las reformas laborales flexibilizadoras en virtud de políticas neoliberales en donde prevalece la voluntad de las partes respecto a la duración del contrato y con ello también han disminuido notablemente los montos sobre indemnización por despido sin justa causa. Sin embargo, también se pudo determinar que la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental frente a la garantía de este principio respecto a ciertos grupos de trabajadores, robusteciéndolo frente a personas que presentan una protección constitucional especial tales como mujeres embarazadas, discapacitados, trabajadores sindicalizados, beneficiados del retén social, entre otros.

En el segundo capítulo del documento se presenta el estudio del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el grado de protección del principio de estabilidad laboral en mujeres embarazadas, y en empleados y trabajadores del sector público y del sector privado que no presentan ninguna condición especial que genere una mayor protección constitucional. En esta parte del documento se pudo determinar que el alto Tribunal Constitucional tiene un precedente jurisprudencial variado cuyo grado de protección depende 1) si presenta una condición especial como es el caso de la mujer embarazada 2) respecto del tipo de vinculación o nombramiento, (es decir si es un empleado público, empleado en provisionalidad, trabajador oficial, trabajador del sector privado o empleado de libre nombramiento y remoción).

En virtud de lo anterior, en el caso de las mujeres embarazadas se concluyó que el grado de protección es alto, salvo que el empleador desconozca el estado de gestación, (toda vez que en esta situación dicho grado de protección es intermedio). Así mismo, respecto a los empleados públicos y empleados de provisionalidad la protección de estabilidad laboral resulta mayor que para los trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado atendiendo a la carrera administrativa, por lo cual estos solo pueden ser despedidos a través de un acto administrativo motivado de acuerdo a las señalado en el art. 125 de la Constitución y en la ley. Por último, los empleados de libre nombramiento y remoción presentan el grado más bajo de protección de estabilidad laboral junto con el precedente de sentencias flexibilizadoras en virtud de las reformas laborales que perjudican directamente a los trabajadores del sector privado.

[6] Desde hace tres décadas, una agresiva corriente flexibilizadora amenaza e incluso viene erosionando las instituciones fundamentales que conforman el Derecho del Trabajo. Teniendo como premisa —axioma— que tales instituciones han creado un rígido marco regulador para las relaciones laborales, al cual se culpa, casi exclusivamente, por la falta de empleo y la informalidad laboral, dicha corriente tiene el propósito de reducir los niveles de protección que la legislación laboral otorga al trabajador, con el objetivo de aligerar las obligaciones sociales de los empleadores y, de este modo, incentivarlos para contratar nuevos trabajadores.(Blancas, 2012)

Por último, el tercer capítulo de la investigación, busca visualizar que nos depara el futuro en materia de derechos sociales y más específicamente frente al tema de estabilidad laboral. Para ello se dio respuesta a las siguientes preguntas i) ¿Qué aspectos queremos rescatar del pasado? ii) ¿Qué aspectos queremos rescatar del presente? iii) ¿Qué debemos corregir? iv)¿Qué circunstancias podríamos reproducir? v)¿Cómo lo podemos solucionar? para así llegar a responder a la pregunta final que señala ¿Qué nos depara el futuro?

Respecto a lo que queremos rescatar del pasado y del presente, se destaca del pasado la efervescencia social respecto a movimientos sociales, del presente se resalta el precedente jurisprudencial respecto de la evolución y progresión de los derechos sociales laborales conjugados con los principios y el desarrollo de estos dentro del esquema del Estado social de derecho por parte de la Corte Constitucional.

Frente a lo que debemos corregir se encuentra el precedente neoliberal de la CC. Así mismo, respecto a lo que debemos solucionar se plantea la aplicación del Convenio N 158 de la OIT que propone que ningún trabajador o empleado pueda ser despedido si no existe una causa justificada para ello. Así mismo, el Convenio adopta diferentes formas de flexibilización con el fin de que el Estado que lo ratifique tenga herramientas que permitan garantizar este principio pero armonizado con el mercado.

Ahora bien, en ¿cómo lo solucionamos? también se plantean otras estrategias que permita una mayor protección del principio de estabilidad laboral, entre estas: i) nuevos movimientos sociales en pro de la defensa de los derechos sociales laborales, ii) aplicación permanente a los tratados y convenios internacionales iii) bases sólidas del precedente jurisprudencial que propenda a maximizar el principio de estabilidad laboral iv) políticas estatales de protección social, a través de medidas que garanticen un mayor ingreso y mayor capacitación.

Por último, se finaliza el trabajo de investigación señalando que el Estado colombiano tiene dos caminos, ir por las sendas de un verdadero Estado social de derecho armonizado por el mercado, o por el contrario ir por el camino del neoliberalismo con la consecuente reducción de los derechos sociales y todo lo que ello conlleva.

1. Estado social de derecho y neoliberalismo. Hacia la construcción del principio de estabilidad laboral.

"No hace falta renunciar al pasado al entrar en el porvenir. Al cambiar las cosas no es necesario perderlas."

Jhon Cage

1.1. El Estado social de derecho.

El Estado social de derecho es el modelo adoptado por el Estado Colombiano en el artículo primero de la Constitución de 1991, cuyo resultado es consecuencia de "una actualización histórica de sus exigencias, principalmente en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada a través de los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos". (Sentencia C-566, 1995). Es por ello que la Carta política de 1991 al traer este catálogo de derechos[7], posibilita un nivel de vida adecuado para las personas dentro de un concepto de dignidad humana. (Hincapié, 2009).[8]

En virtud de esta breve introducción y con el fin de explicar este modelo de Estado, a continuación se procederá a abordar sus antecedentes, donde se enfatizará en sus categorías, incluyendo las del Estado de bienestar, haciendo un estudio desde la época de la posguerra hasta lo que hoy conocemos como el Estado contemporáneo, para luego centrarnos en su definición, principales características y su adopción en la Constitución de 1991, por parte del Estado Colombiano.

1.1.1. Antecedentes Históricos

Los hechos que originan la creación del Estado social de derecho se remontan a lo que ha sido descrito como el derrumbe de la civilización occidental. Ello obedece al desmoronamiento del sistema económico sostenido por el Estado Liberal el cual se caracterizaba por ser capitalista, burgués por la imagen de su clase hegemónica y brillante por sus avances en ciencia y conocimiento. (Isaza M. C., 2005)

---

[7] Derechos económicos, sociales y culturales. Título II -denominado de los derechos, las garantías y los deberes - Capítulo 2, (Art 42 hasta Art 77).

[8] Villar Borda, señala que el Estado Social de Derecho tiene su origen alemán, fundado en los postulados del profesor Robert von Mohl (1799-1875), quien lo ubica desde el centro del poder e incluye tareas como el cumplimiento de los derechos económicos y sociales. (Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, 2007).

Ello quiere decir que la teoría del estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. (Sentencia C -1064, 2001) Así mismo, la burguesía reivindicó los derechos de propiedad y libertad,[9] asumió los derechos políticos en nombre del pueblo o de la nación, pero no en ejercicio de intereses colectivos sino propios.

Así mismo, el capitalismo[10] da lugar a la revolución industrial, al sistema fordista de producción y este a su vez permitirá la apropiación de la riqueza a manos de unos pocos, junto con la idea de mercantilización de la fuerza de trabajo determinando que las relación de las personas dependería del circuito monetario, lo que conlleva a la generalización de la pobreza respecto a los que no poseían ni capital ni propiedad. (Andersen, 1993)

No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana, las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas, lo que diò paso a la concepción del Estado de bienestar, ello con el fin de transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. (Wilensky, 1975)

En razón a lo anterior dicha sociedad entra en una crisis económica y política y social que da lugar al decaimiento de los postulados de la democracia liberal en Europa[11]. Es decir, la gran depresión anuncia el fin de la economía capitalista mundial. A lo anterior se le suman los niveles de desempleo que entre los años 1929 y 1932 estuvieron en el 40%, Las ganancias de las empresas disminuyen al igual que las rentas de capital sufren pérdidas en sus beneficios. Así mismo, las fuerzas depresivas golpean primordialmente a

[9] Derechos eminentemente económicos

[10] Se entiende por capitalismo al sistema económico y social basado en la propiedad privada de los medios de producción, en la importancia del capital como generador de riqueza y en la asignación de los recursos a través del mecanismo del mercado.

[11] Antonio Baldasarre en su ensayo denominado “los derechos sociales” señala que en el curso del medio siglo comprendido entre los años ochenta del siglo pasado y los años treinta del presente, casi todos los Estados de origen liberal realizaron todas las reformas legislativas y sociales que representaron las premisas esenciales de un moderno “Estado social”

la industria concretamente a la producción básica (materia prima y productos agrícolas). (El derrumbe de la sociedad occidental: La crisis social y econòmica 1914-1939, 2004).

En medio de la crisis estatal, lo anterior conllevó a que se recogieran las aspiraciones del Estado de Derecho clásico del siglo XIX sobre los derechos y libertades individuales, complementado con la concepción de un Estado el cual reposa en la soberanía popular de un Estado Social y en la idea de que el poder político debía lograr para los asociados una justicia material mínima, lo que dio lugar a la creación del modelo de Estado social de derecho.

1.1.2. Antecedentes Constitucionales

Como ya se resaltó, el estudio de las instituciones políticas y democráticas, enmarcado en el análisis que hace la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución occidental, ubica históricamente al Estado Social de Derecho como aquel que surge después de la segunda guerra mundial, en las Constituciones de Italia, Alemania y España orientado a la estabilización de la democracia y a la corrección de los problemas de rnarginación, ocasionados por la mecánica excluyente de la economía de mercado en las sociedades industrializadas. (Isaza M. C., 2005)

Sin embargo, el profesor Villar Borda, ubica las primeras teorías sobre Estado Social de Derecho en los postulados del profesor Robert von Mohl (1799-1875), quien lo sitúa desde el centro del poder e incluye tareas como el cumplimiento de los derechos económicos y sociales. (Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, 2007).

Así mismo, en la tradición romano-germánica, es el teórico alemán Herman Héller quien vendrá a conceptualizar la incidencia de lo social en la teoría del Estado y a acuñar la idea misma del “Estado social de derecho” en la Constitución de Bonn de 1949, toda vez que de acuerdo a su postulado, Héller señalaba que el Estado social de derecho busca favorecer la igualdad social real. Por consiguiente, el mismo, tiene como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendamiento, seguridad social, educación, etc.

Posterior a ello, España acoge está misma fórmula de Estado en la Constitución de 1978, en un país cuya Carta Fundamental de 1931 fue también innovadora en lo social (Sentencia C -1064, 2001). Así mismo, es importante resaltar en este punto que la Constitución de Colombia de 1936, también incluyo algunos derechos sociales.

En otras palabras, las Constituciones de la primera postguerra mundial incluyen una parte social y económica en la cual se fijan normas y principios de justicia que dan características definidas al constitucionalismo contemporáneo. Estas normas están dirigidas a proteger al individuo y a los grupos sociales, con derechos y con garantías que se incorporan al derecho público; por ejemplo, los derechos del trabajador, de la

clase pasiva, de la familia, la protección contra el despido arbitrario, entre otras. Lo que se conoce como constitucionalismo social.[12]

Así mismo, desde el momento en que las constituciones consagraron derechos sociales, establecieron sistemas de cobertura social y de prevención del riesgo, se aprobaron Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales'; se crearon las instituciones técnicas para intervenir en la planeación de la economía y se diseñaron procedimientos de participación política; finalmente se promovió el pluralismo como valor fundante de la convivencia entre particulares. Los Estados desde ese entonces se justificaron y legitimaron en la medida en que actuaban en favor de los denominados grupos "desaventajados", y determinaron la inversión social como política pública diferente a las políticas de seguridad, control de fronteras y solución de conflictos privados, consideradas prioritarias en la gestión del Estado Liberal. (Isaza M. C., 2005)

1.1.3 El Estado de Bienestar y su clasificación.

El Estado de bienestar es una forma de Estado social, el cual se define como asistencial, que garantiza “estándares mínimos de ingreso, alimentación, salud, habitación, educación a todo ciudadano como derecho político y no como beneficencia. (Regonini, 2002) El Estado de Bienestar, institucionalizando los derechos sociales, ha contribuido a una mayor estabilidad política y al mantenimiento de la paz social, por medio de una mayor integración y legitimidad del sistema económico.

Sin embargo, las políticas del Estado del bienestar no han sido iguales en todos los países por diferentes razones; Por un lado, los países presentan peculiaridades especiales a la hora de implementar este sistema. Por otro lado, por motivos históricos y/o geográficos no parten en condiciones de igualdad para el crecimiento económico. Tampoco, es igual su concepción del mundo ni la ideología que está detrás de la acción política. Sin embargo, a continuación se presentarán diferentes autores que han intentado categorizar los diferentes tipos de Estados de Bienestar.

- **Los Sistemas según Titmuss.**

La tipología pionera de la clasificación de los Estados de bienestar fue elaborada por Richard Titmuss[13], señalando que existen tres modelos de este tipo de Estados, Welfare residual, Welfare remunerativo y Welfare Institucional (Titmuss, 1958)

[12] El Estado Social complementa al Estado de Derecho, al proponerse “la creación de los presupuestos materiales para el ejercicio de los derechos de la libertad”

[13] Basado en ideas de Karl Polanyi, el concepto de “desmercantilización” (decommodification) hace referencia al nivel de derechos sociales a partir de prestaciones y servicios que permitirían a los ciudadanos cubrir sus necesidades vitales al margen del mercado laboral. Titmuss, representante de la corriente socialdemócrata tradicional, consideraba ya a las políticas sociales como medios para no depender del salario como única forma de emancipación y satisfacción de necesidades.

- **Welfare residual:** El estado interviene sólo en casos marginales de necesidad que derivan del fallo individual en el mercado y la insuficiencia de los recursos familiares.

- **Welfare remunerativo-industrial:** El estado interviene para sostener programas diferenciados según la posición de partida de los trabajadores, con un efecto de integración para el mantenimiento del sistema económico.

- **Welfare institucional-redistributivo:** El estado interviene con programas de seguros nacionales tendencialmente iguales para todos los ciudadanos y, por tanto, independiente del punto de partida del trabajador.

La clasificación de estos modelos, fue el punto de partida de muchos autores para hacer sistemas más explicativos de la transformación de los Estados a Estados de bienestar. Sin embargo, pese a que muchos de estos han tomado elementos propios del mismo, solamente los países más desarrollados tuvieron éxito en su implementación. La teoría de Andersen explica muchas de esas variables.

- **La Clasificación según Andersen.**

Los diferentes modelos de Estado de bienestar se pueden clasificar atendiendo a dos dimensiones, que propuso el economista y sociólogo danés Gosta Esping-Andersen, en su libro *los tres mundos del Estado del bienestar* en 1990. Una primera dimensión, el grado de desmercantilización, es decir, el grado en que los servicios sociales se proveen al margen de los mercados. Y, una segunda dimensión, la estratificación social, es decir, en la medida en que los sistemas de bienestar ayudan a reducir las desigualdades sociales. Según el propio Esping- Anderson, el proceso histórico, que transformó a los agricultores en asalariados, el trabajo se convirtió en una mercancía más y los trabajadores pasaron a depender de su salario para satisfacer sus necesidades básicas. Desde esa perspectiva, existen diferentes modelos de Estado de bienestar según el grado de responsabilidad del Estado a la hora de abastecer ciertos servicios sociales básicos. A mayor desmercantilización, mayor grado de Estado del bienestar. (Andersen, 1993)

Según Andersen, existen tres modelos de Estado de Bienestar, el modelo social demócrata, el modelo liberal y el modelo conservador. Sin embargo, para mejor comprensión de los mismos, estos se presentaran bajo la interpretación de la doctrinante María Cristina Gómez.

a) **El Estado de Bienestar Conservador:** Corresponde al conservador de la Ley Fundamental de Bonn de la República Federal Alemana, que se identifica con el concepto de Estado del Bienestar o Estado Providencia creado en la Alemania de la posguerra (ocupada), inspirada en su experiencia previa (época de Bismarck)". Se preocupa por la protección al trabajador en caso de calamidad, la búsqueda del pleno empleo y la defensa de la industria nacional. Su despreocupación por la eficiencia del mercado y la mercantilización es manifiesta, en tanto mantiene una estructura preparada para desplazarlo, pero se mantiene atento a la conservación de las diferencias de status social, por ello los derechos de prestación se vinculan a las clases sociales. Estos regímenes son fuertemente estatalitas en la provisión del bienestar (Francia, Austria, Italia y Alemania). Esta Constitución fue pionera al

superar el liberalismo clásico y repensar el concepto de libertad individual para alinear la razón del Estado y el orden jurídico hacia el interés colectivo, con el fin de alcanzar fines de justicia y beneficio social u ofrecer un ajuste de oportunidades en la vida nacional y la primaria garantía de una vida digna para todas las personas" (Isaza M. C., 2005)

Así mismo, el régimen conservador está fundado en la solidaridad familiar y tiene como referencia el estatus, el corporativismo y el estatisismo, su característica es la provisión social en la que la familia desempeña el papel central, frente al carácter marginal del mercado y la acción subsidiaria del Estado. (Draibe & Riesco, 2006)

b) **El Estado de Bienestar Liberal**: El liberal surge en los Estados Unidos, Canadá y Australia; plantea la garantía de la propiedad privada, la defensa de la iniciativa particular, paralela a la protección de los sectores débiles y la asistencia a los más desposeídos, a los que se puede promover por medio de subsidios para que alcancen autonomía y gestión en el mercado. Se caracteriza por la ayuda a los sectores sociales marginados de los medios de producción, con transferencias universales modestas o planes de seguros sociales restringidos. (Isaza M. C., 2005)

El régimen liberal, tiene atributos principales tales como el mercado como locus de la solidaridad, la base individual y la composición de la previsión social, el predominio del mercado y los roles marginal de la familia y el Estado. (Draibe & Riesco, 2006)

c) El Estado de Bienestar Social – Demócrata: El socialdemócrata o Nórdico aparece en Suecia y se desarrolla en toda la península Escandinava. Fusiona el bienestar y el trabajo (liberalismo y socialismo) obligándose a la garantía del pleno empleo y desplegando al máximo sus tendencias políticas. (Isaza M. C., 2005)

El régimen social-demócrata, fundado en la solidaridad de base universal, que tiene en el Estado su locus principal, caracterizado por una composición de la previsión social, en la cual el Estado desempeña un papel central frente a las posiciones marginales de la familia y del mercado (Draibe & Riesco, 2006)

Una vez analizadas las diferentes posturas, se podría decir que el modelo de clasificación de Estado de bienestar liberal, es la premisa inicial adoptada por el Estado Colombiano para la creación del Estado social de derecho. No obstante, se profundizará en ello a continuación.

1.1.4. La fórmula del Estado social de derecho

Como ya se vio en el inicio del capítulo, el Estado social y democrático de derecho que hoy conocemos, es el resultado de grandes luchas que propugnaban por la vigencia de un principio de igualdad, fundamento de un Estado Constitucional que rompe con una tradición milenaria. Ello significa que este modelo de Estado es la suma del modelo Liberal que se originó en Inglaterra en el siglo XVII y se extendió por Europa y América a lo largo del siglo XVIII, el cual recoge las aspiraciones del Estado de Derecho clásico del siglo XIX sobre los derechos y libertades individuales, cuyo principal aporte es la

limitación del poder mediante su división y el control de constitucional de las leyes, que hasta entonces habían sido desconocidos por los regímenes absolutistas, complementado con la concepción de un Estado Democrático el cual reposa en la soberanía popular de un Estado Social[14] y en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima. (Sentencia C -1064, 2001)

Sin embargo, de acuerdo con el profesor Jheison Torres, la adopción del Estado social de derecho no significó una transición pacífica desde la concepción liberal en virtud de la teoría constitucional, Así mismo, este doctrinante analiza si existen o no compatibilidades respecto a dichas instituciones. (Avila, 2012) Al respecto Torres confronta a dos teóricos que escriben sobre la materia en cuestión. Por una parte Abendroth: quien señala que la diferencia entre Estado de derecho y Estado social reside en que el Estado burgués considera el estatus de las relaciones sociales y el sistema de distribución de bienes como datos preestablecidos, intocables. (Landwerlin, 1984) De forma contraria, el Estado social no reconoce el orden social existente como algo justo por definición. Pero pese a esta diferencia, los pilares del Estado liberal se mantendrán para servir de fundamento y/o complemento al Estado social y en caso de que exista incompatibilidad, la participación lo resuelve reuniendo el fin político democrático del Estado liberal y el fin social del Estado de Bienestar. (Àvila, 2012)

De otro lado, Ernst Forsthff señala que el Estado de derecho y el Estado social son contradictorios. Por una parte, en la democracia liberal la defensa de las libertades de los asociados es el pilar fundamental de la razón de ser de dicho Estado. Por otra parte la democracia social tiene como objetivo brindar un conjunto de prestaciones básicas para los individuos, expresión en la búsqueda de la igualdad. Por lo cual desde el punto de vista de Forsthff, no hay lugar entonces a la materialidad de la Constitución, como tampoco a una idea de justicia social que considera, además “una fórmula vacía y una banalidad de arriba abajo, porque “necesariamente permanece indefinida, de manera que cada cual puede interpretarla a su bien entender. (Landwerlin, 1984) (Àvila, 2012)

Los conflictos del Estado de derecho vs Estado social en la actualidad siguen presentándose. No obstante, la interpretación que ha dado la Corte Constitucional Colombiana se asemeja más a la teoría de Abendroth viéndose los dos modelos como complementarios, en donde el Estado social de derecho debe verse como un todo, pues es de absoluta relevancia en la vida del Estado. Ello quiere decir que cualquier actividad que el Estado despliegue sobre sus asociados debe estar enmarcada bajo principios tales como dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general frente al particular (Art. 1 C.N.), incluso pasando por encima de principios tales como la división de poderes o el principio democrático. (Àvila, 2012)

1.1.5 Los Sub-modelos de los Estados de Derecho

Pese a tener algunas similitudes marcadas con el modelo de Estado de bienestar, queda claro que el Estado social de derecho se encuentra en un punto intermedio entre este y el modelo liberal. Sin embargo, así como de los Estados de bienestar pueden ser

[14] Se entiende por Estado social14,- aquel que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad. Por lo cual el Estado requiere para su realización adoptar medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. (Sentencia C -1064, 2001)

clasificados en diferentes sub-modelos teóricos, según su aplicabilidad respecto a algunos Estados, a continuación se hará referencia a la categorización que pueden presentar los diferentes modelos de Estado de derecho, esto con el fin de poder enmarcar el modelo actual del Estado Colombiano y sobre todo lo que la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia para consolidar el mismo.

Uno de los autores más emblemáticos que genera una clasificación clara de los Estados de derecho es Asís Roig. Este autor en su libro una aproximación a los modelos de Estado de derecho (1999)[15], que presenta varias alternativas de modelos de Estado las cuales se describirán de manera general a continuación:

- **Modelos Restringidos:** Dentro de las características de este modelo se encuentra un modelo normativo puro, sin fines determinados, como una mera estructura. (Asìs, 1999) (Àvila, 2012)

- **Modelos Estrictos:** Responde a la descripción del primer Estado liberal, en el que se evidencia el principio de legalidad y la separación de poderes, pero se preocupa no solo por la validez de las normas, sino también por su legitimidad, al entender que el fin del Estado es la defensa de los derechos individuales y en especial de la autonomía individual. (Asìs, 1999) (Àvila, 2012)

- **Modelos Amplios:** Las relaciones entre Estado y sociedad se observan con mayor complejidad y con ello la entrada de diversos modelos.

    - **Modelo democrático**: en el cual el Estado "actúa mediante la separación de poderes funcional de poderes, a través de normas principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. En este modelo la democracia es el punto central del Estado. (Asìs, 1999) (Àvila, 2012)

    - **Modelo Liberal:** Se compone de los mismos elementos que el democrático. No obstante, la justificación del Estado y su marco moral se estructura desde la autonomía y los derechos individuales y de participación. Es por ello que el punto de partida es el individuo y luego sus derechos que se encuentran por encima de la democracia. (Asìs, 1999) (Àvila, 2012)

- **Modelo Exigente:** Es un Estado de derecho que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los individuos y que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. (Asìs, 1999) (Àvila, 2012)

[15] El profesor Torres Ávila retoma los modelos presentados por Asís, con el fin de poder clasificar en el marco de esta interpretación del Estado Colombiano a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- **Modelo Garantista:** Contiene los mismos elementos que el exigente, pero elimina el elemento de la participación como núcleo inalterable e inamovible. Los jueces son garantes de los contenidos materiales.

En virtud de lo anterior, de manera general podríamos decir que el modelo que prevalece es una combinación entre el modelo exigente y garantista, teniendo en cuenta que existe una protección inminente respecto a la defensa de derechos individuales y sociales por parte de la CC. Sin embargo, el Profesor Torres Ávila haciendo un estudio más profundo de la jurisprudencia concluye que la misma se inclina más hacia un modelo garantista moderado teniendo en cuenta la idea de validez normativa en la construcción del Estado, lo que significa que los derechos sociales pueden llegarse a materializar en virtud de la acciones positivas ordenadas por la CC para la defensa de estos derechos. No obstante lo anterior, con el estudio que se presentará en el capítulo segundo de la presente investigación se evidenciará como la CC en algunas ocasiones le dará mayor validez a los postulados de la Constitución económica y los postulados neoliberales, frente a la garantía misma de los derechos sociales laborales fundamentales.

1.1.6 Definición y características del Estado social de derecho.

Teniendo en cuenta la información que antecede, se considera que la definición que más se enmarca en el concepto de Estado social de derecho es la del Profesor Uprimny, por la cual señala que este modelo de Estado es el resultado complejo, a veces contradictorio, de tres tradiciones diversas, que en cierta medida representan los diferentes componentes ideológicos y los principios constitutivos de este tipo de Estado. De un lado, es un Estado liberal que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control constitucional. De otro lado, es un Estado democrático, que reposa en la soberanía popular, esto es, en la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la libertad política. Finalmente, es un Estado social que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal". (Uprimny R. , Homenaje al maestro Dario Echandia, 1997)

Por lo anterior, la definición dada por el profesor Uprimny se puede sintetizar reuniendo cinco conceptos claves, pues el Estado social de derecho se caracteriza por tener un fuerte control estatal que establece límites a las ramas del poder público. Así mismo, la base para escoger a sus representantes es a través de la democracia en virtud de la soberanía popular, cuyo poder político debe apuntarle a que sus asociados gocen de una justicia material mínima e igualdad social.

Una definición complementaria, es la del tratadista Martínez Caballero, quien asegura que "el Estado social de derecho pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos". Es un compromiso social que

implica la ampliación de la igualdad y la libertad como tarea del Estado. No es un modelo cerrado, sino abierto por construir. (Caballero, 1997)

Ahora bien, en la actualidad, su aplicación puede decirse que comprende principios como el de dignidad humana, el de libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal igualdad, prohibición de todas las formas de discriminación, protección al matrimonio y la familia, derecho a la vivienda, derecho a la educación, obligación social a la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.

Por tanto, de acuerdo con las definiciones anteriores, se puede concluir que los rasgos característicos de un Estado social de derecho son los siguientes:

- Dignidad Humana.
- Igualdad material.
- Libertad.
- Control Estatal con límites.
- Soberanía Popular a través de la democracia

Sin embargo, podemos complementar estos conceptos con algunos otros elementos que Villar cita (Despues del neoliberalismo, 2000) respecto a los elementos del Estado Social de Derecho así:

- Realce de la colectividad y los derechos sociales.
- Comportamiento social justo del individuo frente al Estado.

Por lo anterior, a continuación, se explicará de manera breve las características enunciadas, pues aquí se encuentran las bases estructurales para que la Corte Constitucional tome como marco de sus sentencias judiciales las políticas del Estado Social de Derecho de acuerdo a la Constitución de 1991, lo que permitirá realizar el análisis jurisprudencial que se desarrollará en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

- **Dignidad Humana:** A pesar de la amplitud del concepto, “la dignidad humana se puede definir como el respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer” (Andorno, 2006). Según la conocida expresión kantiana, “la dignidad es algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente; mientras las cosas tienen precio, las personas tienen dignidad” (Kant, 1999).

  Por tanto, se podría decir que el concepto de dignidad humana goza de un altísimo valor dentro del Estado social de derecho toda vez que pone a la persona en el grado muy alto de importancia y por ello busca que la misma sea respetada de acuerdo a sus condiciones de existencia que permitan el normal desarrollo en la vida social.

  En los términos de la CC, “la acción del Estado debe dirigirse a garantizarles a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que

el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales". (Sentencia SU-747, 1998)

- **Igualdad Material:** Se traduce en igualdad real y efectiva. Es decir, "la igualdad material busca eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida mínimas acordes con la dignidad del ser humano". (Sentencia C-044, 2004) Esto generará una justicia mínima y equidad social.

  Por lo anterior, el Estado social de derecho a través de su engranaje institucional tiene la obligación de contrarrestar las desigualdades sociales ofreciendo a todos sus asociados las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales que les rodean.

  Así mismo, el Estado social de derecho busca "promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales". De esta forma busca realizar la justicia social. (Sentencia C -1064, 2001)

- **Libertad:** Es un derecho intrínseco que corresponde a la esencia del ser humano y a su capacidad para decidir libremente de manera autónoma y sin coacción en las expresiones de cada individuo. En ese sentido, "la libertad de los individuos se extiende al pensamiento, la decisión y la expresión de las ideas, resultado de una construcción y materialización razonada que no cause perjuicio en los demás individuos, esto es, autorregulación individual." (Perez, 2012)

  Es por ello que la libertad es uno de los pilares del Estado social de derecho, pues la misma de acuerdo a la teoría de Locke "es un valor supremo que está por encima de cualquier otro derecho" y por tanto este autor señala que no es legítimo sacrificar las libertades del individuo para otorgarle mayor poder al Estado, pues éste debe estar siempre limitado (Locke, 1976).

- **Control estatal con límites al poder político:** Cada una de las ramas del poder público tiene límites en virtud del principio de separación de poderes, esto con el fin de que ninguno de los organismos estatales se extralimite en sus obligaciones y uno de estos termine con un control absoluto del poder estatal. Por tanto, la finalidad de este sistema es que los poderes públicos sean controlados mutuamente de forma que el poder límite al poder.

- **Soberanía Popular y democracia:** La soberanía popular busca ampliar en la mayor medida posible, los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones que tengan incidencia tanto nacional como regional y local, y también en el control del ejercicio del poder público de los gobernantes.

  El Estado social de derecho se proyecta a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio

democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. (Sentencia C-566, 1995).

- **Realce de la colectividad y Prevalencia del Interés General:** El modelo de Estado Social de derecho acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales y colectivos, junto a los clásicos derechos políticos y civiles. Para dar cumplimiento a estos derechos, el Estado debe garantizar la prevalencia del interés general y el de la vigencia de un orden justo a través de un debido proceso.

- **Incorporación de Derechos Sociales:** La característica principal de los derechos sociales es que los mismos buscan garantizar prestaciones a cargo del Estado tales como el derecho a la seguridad social, educación, salud, entre otros.

- **Comportamiento social justo del individuo frente al Estado:** Los derechos y los deberes entre el Estado y sus asociados son recíprocos. Por tanto, el Estado debe garantizar la efectividad de los derechos sociales a los individuos asociados a él; y estos a su vez deben comprometerse a no abusar del Estado y de los beneficios que este ofrece.

Por lo anterior, es claro que todo Estado social de derecho debe ajustarse a las características aquí descritas y por ello tiene la obligación de implementarlas de acuerdo a las políticas estatales concebidas y desarrolladas por el legislativo, ejecutadas por la administración y controladas por el órgano judicial. Esa es, precisamente la esencia del Estado social de derecho efectivo; La materialización de sus postulados a través de la suficiente actividad de las ramas del poder público y por ende el marco general por el cual debe regirse el Estado colombiano a partir de la expedición de la Constitución de 1991.

1.1.7. El Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991

En virtud de la importancia de las premisas generales que abarcan el concepto de Estado social de derecho y el balance atractivo entre la libertad, la igualdad y el realce de los derechos sociales de los individuos, en Colombia el maestro Darío Echandia propone este modelo cuyo cambio se produce solo hasta 1991, “como resultado de un nuevo pacto político y social en el que por primera vez en la historia participan minorías étnicas, religiosas y partidistas tradicionalmente marginadas de las grandes decisiones políticas”. (Villar, 2000). Así mismo, “en el Estado social de derecho, el Estado pasa a garantizar niveles mínimos de derechos para todos los ciudadanos, a buscar soluciones prácticas para la efectiva garantía del cumplimiento de los mismos y a lograr la justicia material” (Hierro, 1996).

El artículo primero de la Constitución de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la

integran y en la prevalencia del interés general[16], lo cual constituyen los principios fundamentales del Estado colombiano.

Lo anterior significa que los fundamentos base del Estado social de derecho en Colombia en virtud de la Constitución de 1991 son la dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general.

No obstante, no todos los conceptos que enmarca el Estado social de derecho en Colombia, se encuentran inmersos en las características generales antes anotadas, por lo cual se considera necesario explicar lo que concierne a los principios de solidaridad y de trabajo.

Respecto al principio de solidaridad[17] la CC lo ha definido como "un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social que radica en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas". (Sentencia T-550, 1994)

En atención a lo antes señalado la solidaridad se predica como un deber de las personas que hacen parte del Estado con el fin de brindar el apoyo suficiente a otras personas que hacen parte de ese conglomerado que en muchas ocasiones no poseen las mismas oportunidades o condiciones para lograr el cumplimiento de sus fines particulares.

Respecto al trabajo y atendiendo a la importancia del mismo en la presente investigación, se hará alusión a este con mayor detalle a continuación:

1.1.8. El Trabajo en el Estado social de derecho.

La CC establece que el trabajo tiene múltiples formas de expresión dentro del ordenamiento constitucional vigente, pues "no es sólo un derecho a través del cual el individuo obtiene recursos que le permiten sufragar sus necesidades básicas, sino que es, además, una obligación social que se traduce en un mecanismo de incorporación de la persona a la colectividad como sujeto que se dignifica a través del aporte que hace al desarrollo de una comunidad, así como en un deber que tiene todo trabajador de contribuir solidariamente a la construcción de una sociedad más participativa en

[16] Esta cláusula define aspectos técnicos de carácter funcional a los poderes públicos (Estado-poder) y la estructura y valores en que estos operan. (Estado-derecho). (El mandato del Estado Social de derecho en la Constituciòn colombiana: los derechos sociales y el minimo vital, 2012).

[17] La solidaridad es un valor constitucional que como fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios.**Fuente especificada no válida.**

términos tanto políticos como económicos y, por esta vía, más democrática y plural". (Sentencia C -1064, 2001)

Es por ello que "el trabajo es clave para la organización productiva de la sociedad, permite al hombre en lo personal realizarse como ser social, y sobre él se edifican procesos sociales tan importantes como la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios" (Merton, 2002) Por consiguiente, el trabajo es uno de los grandes valores axiológicos de la Constitución de 1991". (Younes, 2014) ya que se le asigna una posición primordial en la organización política, económica y social del Estado, y por su constitucionalizaciòn, todo el sistema normativo tendrá que incorporarlo como derecho, deber y objetivo del Estado social de derecho colombiano. (Sentencia T-547 , 1992)

Así mismo, el trabajo[18] está reconocido como derecho fundamental en el art. 25 de la C.N, el cual señala: "El trabajo, es un derecho y una obligación social y goza de todas las modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y justas". Es así que "el derecho al trabajo no se mira únicamente desde una óptica netamente económica sino social, pues se debe considerar al ser humano desde sus diferentes dimensiones y no solamente como un instrumento de producción. Por este motivo se encuentra una relación estrecha entre el derecho al trabajo con otros derechos consagrados en la Constitución como los derechos a la dignidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al mínimo vital". (Universidad Externado de Colombia, 2011).

Es por ello que para la CC "el derecho al trabajo se concibe como una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene fundamento en la dignidad de la persona humana. De ahí que su constitucionalizaciòn y legalización haya sido producto del largo y difícil proceso histórico, en cuyo fondo aparecen las grandes luchas políticas y sociales de la libertad del hombre"[19]. (Sentencia T- 446, 1992)

Así mismo, para la CC el derecho al trabajo garantiza al individuo la posibilidad de ejercer libremente una actividad económica con miras a asegurar su existencia material en un plano de sociabilidad. No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. "El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La creciente intervención del Estado en la esfera de la personalidad, -principalmente por la complejidad de la vida económica, el desempleo, el desarrollo de la tecnología, el marginamiento y la pobreza- ha llevado al constituyente a consagrar y proteger este derecho fundamental de aplicación inmediata". (Sentencia T-475 de 1992)

Ahora bien, es importante resaltar que pese al realce que le ha dado la Constitución al derecho al trabajo, la CC también ha señalado que "este no implica la obligación para el

[18] El C.S.T. establece en el art. 5 que el derecho al trabajo como toda actividad humana, libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera sea su finalidad, siempre que se efectué en ejecución de un contrato de trabajo.

[19] Desde principios del siglo XX y hasta el año 1989, hubo un desarrollo legislativo progresivo importante en materia de derecho al trabajo, y derechos sociales laborales, (tales como estabilidad, derecho a la huelga, negociación colectiva, seguridad social, maternidad entre otros.) consecuencia de las luchas de los movimientos sociales y las políticas redistributivas públicas de los órganos legislativo y ejecutivo. No obstante, para conocer en detalle la legislación que antecede se recomienda los libros Flujos y Reflujos del profesor Marcel Silva Romero y el Estudio histórico del Derecho Laboral Colombiano del profesor Francisco Rafael Ostau de Lafont De León.

Estado de proveerlo a todas las personas que lo requieran sino de acuerdo al mérito y las capacidades del aspirante". (Sentencia T 533, 1992)

En resumen, en virtud de la constitucionalizaciòn es claro que toda persona tiene derecho al trabajo y a obtener un empleo en condiciones dignas y justas que le permita satisfacer las necesidades fundamentales, obtener un mínimo de seguridad, pero sobre todo vivir en condiciones de bienestar acordes con la dignidad de la persona humana. Así mismo, el trabajo también se concibe como una obligación social que busca la incorporación del sujeto a la colectividad, en aras de contribuir al mejoramiento de la sociedad y con ello garantizar una mayor participación en términos democráticos.

Por lo anterior, el trabajo resulta ser de vital importancia dentro de la construcción del modelo de Estado social de derecho, pues no solamente ayuda a garantizar la dignidad humana, sino que a su vez fortalece la libertad, la igualdad material y la participación política y democrática, en aras de dar cumplimiento a los postulados de la Constitución de 1991.

Por último, es importante resaltar que estos derechos han sido aceptados por Colombia, en tratados y convenciones internacionales y ratificadas por las leyes internas, los cuales se hará alusión a continuación.

1.1.9. La legislación internacional del trabajo.

El libre juego de las fuerzas de mercado, consecuencia de la globalización y el confinamiento de las economías, ha generado una legislación robusta con altos niveles de protección en materia del derecho al trabajo, que permita evitar la disminución progresiva de este derecho y por ende garantizar los principios mínimos fundamentales del trabajo, como la estabilidad en el empleo.

En Colombia, la expedición de la nueva Constitución Política de 1991 tuvo un avance sin precedentes en todo lo relacionado con el mundo del trabajo. Basta mencionar que a nivel constitucional, los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por el Congreso de la República forman parte de la legislación interna en virtud de lo contemplado en el artículo 53 de la C.N. Quiere decir esto que dichos convenios son por tanto de aplicación inmediata, con el ingrediente adicional de la misma Constitución que los hace prevalecer en el orden interno por tratarse de instrumentos que reconocen derechos humanos.

En concordancia con lo anterior, el artículo 93 de la Constitución Política dispone que "Los tratados y convenios internacionales, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los tratados y convenios internacionales sobre el trabajo son relevantes en el estudio de la investigación, toda vez que los derechos laborales que se enmarcan dentro de la legislación internacional buscan proteger al trabajador de las arbitrariedades que puede cometer en empleador en virtud de su posición dominante dentro de la relación laboral. Por ende los Estados al suscribir dichos tratados deben implementar en su legislación interna medidas tendientes a garantizar todo los derechos que se desprendan en virtud de dichas relaciones.

Los tratados que tienen relación con los derechos sociales laborales se encuentran su fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así:

Tabla 1-1: Lista de Tratados Internacionales en relación con derechos laborales en el derecho Internacional de los derechos humanos.

Tratado Internacional	Descripción	Aprobación y Ratificación por Colombia	Artículos sobre Derechos Sociales Laborales
Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales.	El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo segundo que cada uno de los Estados como parte del Pacto, se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr de manera progresiva, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo.	Aprobado por la Ley 74 de 1968 y Ratificado el 29/10/1969	Art. 6 (Trabajo, Orientación y formación Técnica profesional) Art. 7 (Algunos Principios Mínimos de acuerdo al Art. 53 C.N) Art. 8 (Derecho a formar sindicatos y huelga) Art. 10 (Maternidad) Art. 12 (Higiene del trabajo)
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.	Atendiendo a la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal. Entre los derechos que cita esta convención, se encuentran algunos derechos económicos, sociales y culturales.	Aprobado por la Ley 146 de 1994 y Ratificado el 24/05/1995.	En el preámbulo de la convención se mencionan de manera general la promoción por los derechos económicos sociales y culturales. Adicional a ello: Art. 26 (Participar en reuniones sindicales) Art. 40 (Asociaciones y

			sindicatos) Art. 43 (Formación profesional y readiestramiento)

Tabla 1.2: Tratados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Tratado Internacional	Descripción	Aprobación y Ratificación por Colombia	Artículos sobre Derechos Sociales Laborales
Convención Americana sobre Derechos Humanos.	Con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta convención señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.	Ley 16 de 1972, ratificada el 31/07/1973	Preámbulo. Art. 26. (Desarrollo progresivo de las normas sociales)
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador."	El preámbulo de este protocolo señala "Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales."	Ley 319 de 1996 ratificada el 23/12/1997	Art. 6 (Derecho al Trabajo, y Capacitación Técnico Profesional particularmente a minusválidos) Preámbulo. Art. 7 (Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo) Art. 8 (Derechos Sindicales) Huelga

Por último, es importante resaltar que los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia entraron a la legislación interna por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa de manera general, que “dichos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo”. (Sentencia C 401, 2005)

A continuación se hará alusión a los convenios internacionales ratificados por Colombia, que hacen relación al principio de estabilidad en el empleo:

Tabla 1.3: Convenios Internacionales sobre estabilidad laboral

Convenio Fundamentales	**Fecha de Ratificación**
C-111 Discriminación en el empleo y ocupación (1958)	04 de marzo de 1969
Convenio Técnico	**Fecha de Ratificación**
C-003 Protección a la maternidad (1919)	20 de junio de 1933

1.2. El principio de estabilidad laboral en Colombia.

1.2.1. Los derechos sociales en la Constitución de 1991 y los principios mínimos fundamentales (Art. 53 C.N.)

En sentido estricto la expresión “derechos sociales” se refiere a los derechos sociales del Estado de Bienestar que implican una obligación positiva del Estado que proporciona un servicio o un subsidio económico, como el derecho a la educación, la vivienda y la salud. Sin embargo, puede incluir otros derechos, cuya protección es determinante para solicitar derechos sociales del Estado de Bienestar, como los derechos sociales laborales.

En el caso de Colombia, el Estado Social de Derecho de la Constitución de 1991 se enfocó en una distribución igualitaria de derechos, deberes y beneficios (la llamada justicia redistributiva); es decir que, “sobre la base del interés común, se garanticen los medios para que aquellos más desfavorecidos y por tanto “desiguales” tengan las mismas oportunidades de ejercer sus “potencialidades” mínimas en todos los ámbitos y poder así desarrollar la esencia de su libertad”. (Ruiz & Martinez, 2002).

Por tanto, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, los Derechos Económicos Sociales y Culturales se destacan por ser aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad

humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado y por ello los derechos sociales laborales se hacen indispensables para alcanzar dicha finalidad.

En atención a la consagración de los derechos sociales, la Carta Constitucional de 1991 en el artículo 53 estableció un conjunto de principios[20] mínimos fundamentales en materia del trabajo, los cuales son la consecuencia positiva de las luchas sociales y más específicamente de las luchas sindicales desde el año 1900, que fueron logrando la construcción de los derechos sociales laborales y por consiguiente de los principios mínimos fundamentales[21].

Tanto es el valor de los principios mínimos fundamentales en la Constitución de 1991, que la jurisprudencia constitucional les ha dado un valor invaluable dentro del Estado social de derecho. Al respecto, cita la sentencia C-055 de 1999, (Sentencia C-055, 1999) que los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se relacionan con la organización política del Estado Social de Derecho, empeñado en combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población [v.g. los trabajadores], prestándoles asistencia y protección; todo esto, a través de herramientas (como las del artículo 53 C.P.), dirigidas a la construcción de las condiciones indispensables "para asegurar a todos los habitantes del país una vida justa dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

Dentro del grupo de principios enunciado en el Art. 53 de la Carta encontramos, Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Sin embargo, de acuerdo al problema planteado en la presente investigación se hará alusión únicamente al principio de estabilidad laboral. Así mismo, de manera amplia se abordara el principio de protección especial a la mujer y a la maternidad.

De acuerdo a lo anterior, es claro que el principio de estabilidad en el empleo tiene una doble connotación, se considera como un derecho social toda vez que hace parte del capítulo 2 de la C.N. que se denomina de los derechos sociales, económicos y culturales, y adicionalmente se encuentra dentro del grupo de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo, en virtud de lo contemplado en el Art 53 de la Carta.

[20] Para Alexy los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

[21] Si se quiere ver el proceso de construcción de las leyes laborales en Colombia que permitieron al trabajador adquirir derechos de esta índole desde 1900 hasta la Constitución de 1991, se deben consultar los libros (Ostau, 2011) (Silva, Flujos y Reflujos, 1998).

1.2.2. El Principio de Estabilidad en el empleo.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Han sido varias las normas de nuestro ordenamiento jurídico que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que, según Cabanellas de la Torre, consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja de la misma con justa causa (Cabanellas, 1964).

Sin embargo, la vida moderna ha traído consigo innumerables cambios en la vida de las personas, en derechos como la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, entre otros. No obstante, los cambios consecuencia de fenómenos propios como la globalización, el neoliberalismo[22] y específicamente la implementación de políticas de flexibilización laboral han generado que en la actualidad los individuos teman perder sus empleos, pues en la mayoría de los casos estos dependen del salario para su subsistencia diaria y la de su familia.

Es por ello que en esta sección se hará una descripción conceptual del principio de estabilidad laboral, enumerando las garantías legales desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo y sus reformas; las diferentes formas de tipología contractual; y la actual protección constitucional en virtud del artículo 53 de la C.N. para posteriormente concentrarnos en el principio de estabilidad laboral reforzada desde el punto de vista jurisprudencial.

1.2.3. Antecedentes Constitucionales

La Constitución de 1886 no contemplaba de modo expreso la estabilidad en el empleo, se limitaba solamente a consagrar la protección especial del trabajo y, bajo ese postulado se expidió todo el edificio proteccionista que inspiro la legislación laboral constitucional actual. (Vergara, Sanchez, & Jassir, 2009)

Sin embargo, la Constitución de 1991 consagró en el artículo 53 la estabilidad en el empleo como un principio mínimo fundamental[23] que hace parte de los derechos sociales laborales y por ello goza de protección constitucional y legal.

[22] En la primera parte del capítulo se hace una descripción clara sobre el neoliberalismo y las políticas implementadas consecuencia de la flexibilización laboral.

[23] Cita el artículo 53 de la C.N. que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

No obstante, durante las tres últimas décadas, “el concepto de estabilidad en el empleo perdió importancia bajo el influjo de la desregulación económica, tomaron fuerza los contratos denominados “atípicos” caracterizados por ser de corta duración y por contener condiciones menos favorables a las que rigen los contratos de duración indefinida. Como consecuencia, el principio de estabilidad fue relegado por un nuevo fenómeno conocido como “precarización[24]” del empleo, una de cuyas características especiales es precisamente la ausencia de certeza sobre la duración de la relación de trabajo”. (Colegio de Abogados del Trabajo, 2013)

Lo anterior se explica en atención a la implementación de las políticas neoliberales del Consenso de Washington, en virtud de las reformas laborales de flexibilización laboral que buscaban favorecer al empleador y en consecuencia disminuir los derechos sociales laborales de los trabajadores con el pretexto de lograr un mayor crecimiento en la economía a través del ingreso de multinacionales y un menor índice de desempleo en el país[25].

1.2.4. Concepto

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, “la estabilidad laboral comporta una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital, es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Para ello, señala la Corte que se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el contrato”. Pero si es conveniente que se siente como principio laboral la estabilidad, en atención a la garantía del trabajador a permanecer en su actividad en provecho, tanto propio como social. (Sentencia C-023, 1994)

Así mismo, la CC ha establecido que “la estabilidad en el empleo es un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, que demuestra que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, pues están involucrados otros valores constitucionales, especialmente la dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado”. (Sentencia C -034, 2003)

Ahora bien, la doctrina ha señalado que el principio de estabilidad laboral comporta que la relación de trabajo tiene como característica esencial la vocación de permanencia en el tiempo para el trabajador; por lo cual el principio tiene como finalidad brindar al trabajador un mínimo de seguridad en la continuidad de su fuente de rèedito, para satisfacer sus necesidades personales y familiares. (Jassir, 2010)

Por último, para (Gomez & Peralta, 2008), el principio de estabilidad en el empleo consiste en la garantía que tiene el trabajador de permanecer en el empleo. A su vez, dicho principio tiene como objetivo velar porque las relaciones de trabajo sean por tiempo indeterminado y que sólo por vía de excepción se pueda contratar por tiempo

[24] La precarización o precariedad laboral, en el mercado de trabajo y referido a las condiciones de empleo, subempleo y desempleo del trabajador, se refiere a la inseguridad, incertidumbre y la falta de garantía de condiciones socioeconómicas mínimas y suficientes para una supervivencia digna que afecta a los trabajadores y repercute en su entorno familiar y social.

[25] Cabe aclarar que todo lo referente al consenso de Washington, será tratado de manera más específica en la tercera parte del presente capítulo.

determinado. Así, en los casos en que exista duda con respecto a la continuidad del contrato y su duración, debe considerarse que el vínculo fue concebido por tiempo indefinido.

Con las anteriores definiciones se puede concluir que la estabilidad laboral consiste en la garantía de permanencia del trabajador en el empleo y por ende es un derecho de resistencia al despido. Sin embargo, la posición de la CC es acertada, ya que la misma no debe confundirse con un contrato perpetuo, pues su objetivo fundamental es que el trabajador tenga la garantía de continuar en su puesto de trabajo en tanto cumpla adecuadamente con sus funciones y no exista una justa causa para dar por terminado el vínculo laboral.

1.2.5. Tipología Contractual

El contrato a término indefinido es la modalidad contractual que por excelencia apoya el principio de estabilidad (Jassir, 2010). No obstante, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 45-46 y 47 del Código Sustantivo de Trabajo, en Colombia los contratos de trabajo en función de la duración pueden clasificarse:

- **A término indefinido:** Se considera indefinido los que no tienen termino de duración especifica. A su vez tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la metería del trabajo.

- **A término fijo:** De acuerdo al art. 46 del C.S.T. subrogado por el artículo 3 de la ley 50 de 1990, el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

- **Por duración de la obra o labor contratada:** Como su nombre lo indica, se refiere al tiempo al que dure la obra o labor.

- **Para desarrollar actividades ocasionales, accidentales o transitorias**, Este contrato es utilizado para realizar actividades ocasionales, accidentales o transitorias.

Sin embargo, anteriormente el Decreto 2351 de 1965, había restringido la posibilidad de suscribir contratos por duración definida inferiores a un año a una serie de supuestos, con el fin de garantizar el principio de estabilidad laboral. Por consiguiente, no existía plena libertad para adoptar el plazo fijo inferior a ese término como modalidad contractual[26].

No obstante, a partir de la expedición de la ley 50 de 1990, se estipulo que el empleador y trabajador pudiesen acordar como duración del contrato un lapso inferior a un año, con

[26] Artículo 4 del Decreto 2351 de 1965.

la única limitación de que este podía ser prorrogado en tres oportunidades, ya a la cuarta podría prorrogase mínimo a un año[27].

1.2.6. Sistema de Protección del Empleo en Colombia

En Colombia la protección del principio de estabilidad se ha tornado contradictorio. Desde la expedición del C.S.T. ha ido disminuyendo dicha protección conforme se han establecido nuevas reformas laborales. Es así como la legislación colombiana desde 1965 partió de la posibilidad de despedir al trabajador sin justa causa, siempre y cuando se cancelaran a través de una indemnización tasada por el legislador, a título de resarcimiento, los perjuicios que se generaron con la decisión patronal de rescisión del contrato.

Al respecto, la clasificación de la doctrina laboral se ha dado en función de las consecuencias del despido unilateral sin justa causa por parte del empleador. Así, de acuerdo al tratadista Pla Rodríguez:

- **La estabilidad absoluta** se configura cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador.

- **La estabilidad relativa**, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido, pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador.

Ahora, dentro de la estabilidad relativa según Pla encontramos:

- **La estabilidad propia**, que existe cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del acto rescisorio.

- **La estabilidad Impropia,** cuando la vulneración de ese derecho no afecta la eficacia del despido, si bien se sanciona el incumplimiento contractual con indemnización o con sanciones administrativas.

En atención a lo anteriormente expuesto, es claro que en Colombia existe un modelo de estabilidad relativa impropia en donde el trabajador despedido actualmente no puede recurrir a instancias judiciales para que al declarar la ineficacia del despido y consecuentemente sea reintegrado. (Salvo fueros), pues ya está previamente establecido en la ley laboral que la consecuencia de la ineficacia del despido es una indemnización de perjuicios que fue previamente tasada por el legislador. (Art. 64 del C.S.T.)

Sin embargo, han sido varias las modificaciones realizadas al Art. 64 del C.S.T. con el fin de disminuir los costos correspondientes al valor de la tasación de perjuicios producto de la terminación de los contratos de trabajo sin justa causa por parte del empleador, pues se observa que el número de días a pagar en virtud de la indemnización tarifada va decreciendo ya sea en dinero o en derechos, con cada reforma laboral.

[27] El concepto de flexibilización dosificada que subyace a las modificaciones nos conduce a aceptar la proposición del gobierno, sobre contratos a término fijo, pero con algunas variaciones y precisiones, en parte derivadas de las observaciones de los trabajadores. **Fuente especificada no válida.**

Por ejemplo, el texto original del Decreto 2351 de 1965 Art.8 establecía que en los contratos a término indefinido terminados sin justa causa imputable al empleador, el trabajador recibiría como indemnización el pago de 45 días básicos. No obstante si el trabajador tenía entre 1 y 4 años, se le debía pagar 15 días adicionales a los 45, si el trabajador tenía entre 5 y 10 años de servicio, por el primer año se le debía pagar 20 días por año adicional o fracción y en el caso que tuviera 10 o más años se debía pagar 30 días adicionales por cada año o fracción de año, sin perjuicio de que el juez de trabajo pudiera mediante demanda del trabajador ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista ya señalada.

Posteriormente, la ley 50 de 1990, estableció en el art. 64 que en los contratos a término indefinido terminados sin justa causa imputable al empleador, el trabajador recibiría como indemnización el pago de 45 días básicos. No obstante si el trabajador tenia entre 1y 4 años, se le debía pagar 15 días adicionales a los 45, si el trabajador tenía entre 5 y 10 años de servicio, por el primer año se le debía pagar 20 días por año adicional o fracción y en el caso que tuviera 10 o más años se debía pagar 40 días adicionales por cada año o fracción de año. No obstante, pese que a qué aumento los días de la indemnización, el legislador omitió que a través de demanda del trabajador pudiera pretender al reintegro, creando solo un parágrafo transitorio para los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, con el fin de seguir 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.

Por último, la actual ley 789 de 2002 Art.28 cambia el sistema de tarifas por salarios mínimos, es decir que si el trabajador gana entre 1 y 10 salarios mínimos se le debe pagar 30 días por el primer año y 20 días por año adicional o fracción y en el caso que ganara más de 10 salarios mínimos se debía pagar 20 días por el primer año y 15 adicionales por cada ano adicional o fracción de año. Así mismo, la norma señalada en su parágrafo transitorio estableció que 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 el artículo 6 de la ley 50 de 1990.

Por lo anterior, es claro que con las reformas laborales desde la expedición del C.S.T. no solamente no se protege en debida forma el principio de estabilidad en el empleo, toda vez el empleador en la actualidad puede despedir al trabajador sin justa causa en cualquier momento y a su vez pagarle muy poco por los años de servicio de acuerdo con los valores actuales de la indemnización tarifada de perjuicios en virtud de la ley 789 de 2002. Así mismo, en la actualidad tampoco se puede recurrir al juez laboral para que en caso de ser despedido después de diez años de servicio analice las condiciones del mismo y por consiguiente proceda el reintegro laboral como lo establecía el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, salvo para el caso de los regímenes de transición para los trabajadores que al primero de enero de 1991 tuviesen una antigüedad igual o mayor a 10 años, ósea un porcentaje muy bajo de la población.

1.2.7. La Estabilidad Laboral Reforzada en la Jurisprudencia Constitucional

En Colombia solamente una parte de los trabajadores goza del beneficio de estabilidad absoluta (casos de estabilidad laboral reforzada) en virtud del deber de solidaridad del empleador frente a un trabajador sujeto a una especial protección constitucional, pues según la CC “esta es una de las formas de materialización del Estado Social de Derecho que supone la necesidad de ciertas cargas, las cuales debe asumir principalmente el Estado y en ciertos casos los particulares, contribuyendo de esta manera en el ejercicio de los derechos y en el mejoramiento progresivo de la calidad de vida de los sectores más vulnerables”. (Sentencia T-711, 2011)

Entonces, solo de manera excepcional, la CC en reiterada jurisprudencia[28] ha admitido un grado superior de estabilidad laboral en aquellos eventos en que el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional. En este ámbito son sujetos de estabilidad laboral “reforzada”, de acuerdo la ley y a la jurisprudencia de la CC las mujeres embarazadas, trabajadores sindicalizados, los trabajadores discapacitados, o con limitaciones físicas o sensoriales, y en general de acuerdo al planteamiento del alto Tribunal Constitucional cualquier persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta o indefensión[29] como resultado de padecimientos físicos o sensoriales que genere una afectación en su salud y que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en “condiciones regulares” y se tema que pueda ser discriminado, puesto que para ellos la finalización del contrato laboral implica una afectación de sus derechos fundamentales de tal magnitud, que no puede resarcirse ni siquiera con la indemnización a la que puede haber lugar.

En estos casos el despido se califica como abusivo, es decir cuando la decisión del empleador aparece como un verdadero acto ilícito, en razón de hallarse el trabajador en una situación especialmente protegida. Esto se puede corroborar en sentencias tales como (Sentencia C-470, 1997), (Sentencia C-531, 2000) entre muchas otras.

Por último, es importante resaltar que de acuerdo a las subreglas establecidas por la CC en virtud del precedente jurisprudencial (el cual se hará alusión en el segundo capítulo), la estabilidad laboral reforzada consiste en *(*i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz y por consiguiente proceda el reintegro del trabajador.

[28] Algunas de ellas, sentencia T-344 de 2016, Sentencia T- 057 de 2016, Sentencia T- 174 de 2011, sentencia T -126 de 2011 entre muchísimas otras.

[29] Existe una línea jurisprudencial consolidada frente al tema de debilidad manifiesta por parte de la Corte Constitucional, entre estas encontramos las siguientes sentencias: T-519/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra T 337/12 M.P. Nilson Pinilla Pinilla T 417/10 M.P. María Victoria Calle T 118/10 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza , entre otras.

Por lo anterior, se considera necesario hacer alusión de manera muy general al grupo de trabajadores que presentan una estabilidad laboral reforzada en virtud a la jurisprudencia constitucional:

- **Mujeres embarazadas** en virtud del artículo 13, 43 y 53 de la C.N y Artículos 241, 239 del C.S.T.

- **Trabajadores discapacitados o con limitaciones físicas sensoriales o psicológicas** en virtud de la ley 361 de 1997 articulo 5 y 26[30]

- **Trabajadores amparados con fuero sindical:** Art. 38 y 39 de la C.N. Ar. 405 del C.S.T. Art. 354 del C.S.T, respecto a las conductas que atenten contra la protección del derecho de asociación.

- **Reten Social:** Ley 790 de 2002 que regula el programa de renovación administrativa del Estado. En la norma se protege a madres y padres cabeza de familia, discapacitados y pre-pensionados.

1.2.7.1. La estabilidad laboral reforzada en mujeres embarazadas

Atendiendo al problema jurídico e hipótesis planteada, el análisis concerniente al precedente jurisprudencial de la CC en materia de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada se desarrollara en el segundo capítulo de la presente investigación.

1.2.7.2. La estabilidad laboral reforzada en personas con discapacidad

En el caso de los discapacitados, "la estabilidad laboral reforzada es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral". (Sentencia- T 002, 2011)

El fundamento constitucional y legal al principio de estabilidad laboral de personas con discapacidad o con limitaciones físicas psíquicas o sensoriales nace como consecuencia del desarrollo del derecho a la igualdad[31] del artículo 13, en aras de garantizar el principio de no discriminación en el empleo. Así mismo, la Ley 361 de 1997, estableció que ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada, como

[30] El artículo 26 de la ley 361 de 1997 establece que en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren." (Subrayado fuera de texto).

[31] Articulo 13 C.N.

incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Por tanto, según el Decreto 2463 de 2001, ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.

No obstante, en el año 2000 el inciso 2 del artículo 26 la ley 361 de 1997, fue demandado, pues en criterio de los autores el inciso final de la norma constituía una flagrante violación a las garantías propias del Estado social de derecho, "pues se podía interpretar que los empleadores que no cumplieran con el requisito de pedir autorización para despedir ante el Ministerio de Trabajo podían ser eximidos de responsabilidad con el pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el C.S.T. No obstante, fue a través de la (Sentencia C-531, 2000) que la CC dio una interpretación diferente y a pesar de que declaro exequible el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Así mismo, de acuerdo a la interpretación de la CC el pago de la indemnización por 180 días constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos.

Así las cosas, antes de despedir a un trabajador discapacitado siempre se debe solicitar autorización al Inspector de trabajo, a efecto de que este califique la justa causa para que proceda el despido, pues la jurisprudencia constitucional ha reconocido las diferencias y barreras que deben ser enfrentadas por las personas en situación de discapacidad, por eso el Estado tiene la obligación de brindar una protección cualificada a este grupo poblacional. "En ese sentido debe a su vez (i) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad, (ii) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones y (iii) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva contribuye a perpetuar la marginación o la discriminación." (Sentencia C-804, 2009)

Así mismo, ha señalado la CC que "el Estado tiene la obligación de eliminar, mediante actuaciones positivas del Estado y de la sociedad, la silenciosa y sutil marginación de las personas con cualquier tipo de discapacidad, que se encuentra arraigada en lo más profundo de las estructuras sociales, culturales y económicas predominantes en nuestro país, y que es fundamentalmente contraria al principio de dignidad humana sobre el que se construye el Estado Social de Derecho". (Sentencia C-804, 2009)

Por último, el principio de estabilidad laboral reforzada en discapacitados, se extendió al trabajador en situación de debilidad manifiesta que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones (casos como el de VIH o Cáncer), regla que se identifica claramente en la (Sentencia T 198, 2006). Así mismo, la CC ha tenido un importante desarrollo respecto a este tipo de trabajadores y en la actualidad existe innumerable jurisprudencia que no solo desarrolla el concepto de discapacitado sino el de debilidad manifiesta en general, por lo cual ha sido importante el desarrollo jurisprudencial del alto tribunal en esta materia hasta el punto que los empleadores en la actualidad conocen

que se exponen a un reintegro vía tutela en el caso de que despidan a un trabajador que presente dichas condiciones.

1.2.7.3. Estabilidad Laboral Reforzada por Fuero Sindical.

El ordenamiento constitucional y laboral prevé el fuero como mecanismo de protección del derecho de asociación sindical, como garantía de estabilidad laboral reforzada a un grupo de trabajadores pertenecientes al sindicato, para tutelar la existencia y funcionamiento de esta forma de organización (Jassir, Principios contitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano, 2010).

La normatividad que garantiza el fuero sindical está sustentada en el artículo 39[32] de la Carta Política y el Código Sustantivo del Trabajo Art. 405 a 408 acogen, entonces, la Recomendación 143 de la OIT "sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa", adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad, el 2 de junio de 1971, en su quincuagésima sexta reunión. (Sentencia T- 285 , 2006)

Se aprecia en la normatividad transcrita, la protección de que deben gozar los representantes de los trabajadores contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición, de su gestión y de su participación en la actividad sindical, tal como lo prevé el artículo 19, numeral 6°, literales b) y d) del Convenio Constitutivo de la OIT.

Por lo anterior, ni constitucional ni legalmente es posible despedir a un trabajador sindicalizado sin el lleno de los requisitos previstos en la normatividad, so pena se termine reintegrando al trabajador aforado a su puesto de trabajo, ya sea por vía de tutela, a través de un proceso ordinario laboral o ante lo contencioso administrativo.

1.2.7.4. Reten Social

La ley 790 de 2002, que regula el programa de renovación administrativa del Estado creó mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo de la citada ley, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP),

[32] El artículo 39 de la Carta Política reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión y la legislación laboral dispone que los fundadores de las organizaciones sindicales, sus directivas y miembros adherentes, no serán despedidos, ni desmejorados en sus condiciones laborales sin justa causa, debidamente calificada por el juez del trabajo.

los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.), esto se conoce como reten social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social "los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional"; determinó que su finalidad es la de "garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse (Sentencia C-795, 2009). Prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

Respecto a las madres cabeza de familia, la CC "ha extendido la posible amenaza de los derechos, se extiende a su núcleo familiar dependiente. Esto significa que eventualmente existe la posibilidad de que se configure un perjuicio de carácter irremediable por el hecho del despido, pues las personas a su cargo quedan totalmente desprotegidas y en un estado de indefensión inminente". (Sentencia T-345, 2015)

Ahora bien, para el caso de los pre-pensionados, en la (Sentencia C-795, 2009) la Corte armonizó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del concepto de persona pre pensionada, para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública. Señala la sentencia que el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez".

Por último, en la ratio de la (Sentencia T-693, 2015) se establecen nuevas sub-reglas para los pre-pensionados en trabajadores del sector privado, pues se establece que en los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo inicialmente pactado, no basta para legitimar la decisión del empleador de no renovar el contrato, cuando: (i) el objeto del mismo persiste, (ii) el trabajador ha cumplido satisfactoriamente sus obligaciones y funciones, (iii) reúne los requisitos legales para acceder a su pensión y (iv) adelanta los trámites administrativos correspondientes para obtener el reconocimiento de su pensión ante la administradora de pensiones, sin que a la fecha del despido haya sido reconocida y por tal circunstancia no se le ha incluido en nómina de pensionados.

1.3. Las políticas neoliberales y su contraposición con el Estado social de derecho.

1.3.1. Antecedentes Generales

Hasta el primer lustro de los años sesenta prevaleció la idea del proteccionismo y de la intervención del Estado, expresado a través del modelo de sustitución de importaciones, y de una ampliación de los servicios sociales prestados por el Estado. Sin embargo, "las esperanzas generadas por los avances en materia de derechos sociales del siglo XX, se encontraron con un obstáculo para su realización plena en las medidas y la reorientación del modelo económico de corte neoliberal, pues las crisis que golpearon a las empresas

privadas y también a los Estados, volcaron sobre todo el mundo, la noción de que había que encontrar y aplicar formulas universales para los fenómenos sociales". (Colegio de Abogados del Trabajo, 2013)

Desde el último cuarto del siglo XX, el factor determinante en el cambio de visión en la economía fue la globalización[33]. "En este contexto de un mundo globalizado se empiezan a desdibujar las fronteras geográficas entre países, creándose así bloques económicos regionales[34] en pos del mejoramiento de la economía. A su vez, las empresas multinacionales en los años setenta, inician el desplazamiento de su producción a diferentes países y con ella la migración de la población a países que ofrecían mayores oportunidades de empleo y una mayor calidad de vida". (Herazo, 2010)

Otro factor de gran relevancia es "la revolución tecnológica o técnica, lo que facilitó una mayor producción flexibilizada y diversificada y ha proporcionado a su vez otras fuerzas de trabajo tales como las pequeñas unidades de producción alrededor de una empresa matriz y el aumento del trabajo intelectual frente al material".[35] (La dificil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia, 2010)

Así mismo, el desempleo conllevo a una disminución de ventas y con ello un grave trastorno para la economía de los Estados Unidos, sumado esto a dos acontecimientos que transformaron la configuración política mundial en la década de los ochenta: "la inminente derrota del bloque oriental comunista al término de la Guerra Fría y la transición democrática paulatina en América Latina, luego de que por muchos años los poderes de facto fueran patrocinados por los Estados Unidos durante la Guerra Fría". (Carvalho, 2000).

Todos estos hechos dieron lugar a "la adopción de un consenso hegemónico adoptado por las élites transnacionales que se expandió hacia la periferia: las políticas del neoliberalismo como sistema económico materializado en el Consenso de Washington". (Boaventura de Sousa, 2001),

Cabe aclarar que en virtud de la aplicación de este consenso en el mundo, su consecuencia fue "la reestructuración económica, o reconvención industrial o flexibilización laboral, que comenzaron a tomar patente de ciudadanía en todo el mundo occidental, e introdujeron nociones que afectaron profundamente la normatividad laboral, como las que era menester disminuir la protección laboral de los trabajadores, la rigidez de sus contratos, la fortaleza de su estabilidad, sus prestaciones sociales y, por ende, acercar esos instrumentos a los propios del derecho civil y del derecho comercial, en los que campeaba la noción de la plena autonomía de la voluntad de las partes". (Colegio de Abogados del Trabajo, 2013)

[33] De acuerdo a la definición del Fondo Monetario Internacional (FMI), la globalización se define como la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y de la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología.

[34] Tales como la Unión Europea, Mercosur, TLC, entre otras.

[35] Por lo anterior, la fuerza de trabajo humano se ha visto disminuida toda vez que las mismas permitieron el desarrollo de muchas actividades y la desaparición de puestos de trabajo tradicionales, lo que genero grandes cambios en el mercado de trabajo

1.3.2. El neoliberalismo.

El neoliberalismo parte de la base de que el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de las necesidades. Es decir, este es concebido como un mecanismo de autorregulación que conduciría al óptimo social y que por ello, resulta intrínsecamente superior. (Ezcurra, 2000)

Así mismo, el neoliberalismo es una estrategia dominante de la hegemonía conservadora para mantener la dominación y la obediencia a la clase capitalista, que ya no sólo recurre a la coerción extrema, sino a mecanismos fines y sutiles, en donde se opera la misma dominación. De esta forma el neoliberalismo, se presenta como un discurso fuerte, sólidamente estructurado y epistemológicamente fundamentado. (Mora, 2014).

Es por ello que Estrada señala que el neoliberalismo es, ante todo una teoría de prácticas político- económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuerte, mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. (Estrada, 2010)

El neoliberalismo comprende como características principales el libre mercado, eliminar el gasto público por los servicios sociales, desregulación, privatización, eliminación del concepto del bien público o comunidad. El neoliberalismo económico aprovecha la oportunidad para diagnosticar que la excesiva regulación económica desestimula la libre circulación de bienes y capital, elementos necesarios para dinamizar el libre mercado. (Hernandez, 2007)

Sin embargo, la doctrina neoliberal contemporánea, es el resultado de una síntesis ecléctica de diversos enfoques de teoría económica, surgidos en momentos históricos distintos. Por un lado se encuentra el liberalismo económico de Adam Smith, de los aportes del neoliberalismo austro alemán, de la Escuela de Friburgo y de las concepciones de la Escuela de Chicago. (Estrada, Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia, 2004). A continuación se explican sus corrientes filosóficas más importantes.

1.3.2.1. Teorías Filosóficas:

- **Liberalismo Económico de Adam Smith:** La obra de Smith se reduce a la defensa del “libre mercado” como el escenario para el desarrollo de iniciativas individuales, y a que el Estado se identifique exclusivamente como árbitro de la actividad económica. (Estrada, Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia, 2004)

  La obra se traduce según Estrada a:

  a. El reconocimiento de la naturaleza humana como esencialmente egoísta.
  b. Reivindicación de la libertad individual.
  c. Cooperación a través del intercambio.

d. El intercambio permite el logro de objetivos propios, que se traducen al bienestar social.

En el planteamiento de Smith, la división del trabajo trae ventajas decisivas para los capitalistas. De un lado, la asignación de los trabajadores a una sola operación aumenta la productividad de la fuerza laboral; de otro, la división del trabajo permite al capitalista monopolizar el control sobre todo el proceso productivo. (Monedero, 2008)

Así mismo, la postura de Smith menciona cómo la competencia en una sociedad codiciosa y sin los medios para regular el mercado, impide que los comerciantes pongan el precio que les plazca a sus artículos. A ese respecto, asegura Ball que se trata de un "mercado autorregulado" el cual "garantiza que todos los ciudadanos reciban cuanto necesitan". (Ball, 2010).

Por ultimo frente a este punto, se podría decir que esto constituye el origen de la filosofía del libre mercado, en la medida en que se asume que la interacción misma es la que está en capacidad de autorregularse. (Guevara, 2014).

- **Neoliberalismo Austro Alemán y de la Escuela de Friburgo:** Los postulados de este neoliberalismo fueron desarrollados principalmente por Fraz Bohm, Walter Eucken, y Friedrich von Hayek, Ludwig Erhard y Alfred Muller- Armack.

  El neoliberalismo alemán representaba una reacción a la "economía de mando" y a la "economía planificada" materializada, en el fascismo y en el entonces naciente proyecto socialista de la Unión Soviética, al tiempo que reivindicaba la libertad económica como fundamento de la libertad política. (Estrada, Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia, 2004). De esa forma se estableció la relación funcional entre libre mercado y democracia desarrollada por Friedrich von Hayek.

  Friederich Hayek y posteriormente Milton Friedman, son críticos del Estado de bienestar y de las ideas socialistas en general. Para Hayek la función esencial del Estado es proteger y amparar las libertades negativas[36], así como su sustento esencial es la propiedad privada. Así mismo, este teórico señala que "los consagrados derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden conquistarse al mismo tiempo, siendo en realidad, incompatibles: los nuevos derechos no podrían aplicarse por ley sin que se destruyese, al mismo tiempo, aquel orden liberal al que apuntan los sagrados derechos civiles" (Bedin, 2001)

  Es por ello que dentro de los principios fundamentales del neoliberalismo que Hayek defiende se encuentran "el individualismo, la propiedad privada y el mercado y por consiguiente este rechaza cualquier tipo de colectivismo, pues acorde con la propiedad privada, niega cualquier organización o movimientos sociales". (Niño, 2009).

[36] Según Hayek, la verdadera libertad, es la llamada libertad "negativa" o puramente liberal, esto es, la posibilidad que tiene una persona de actuar sin interferencias ajenas, ya sea del Estado o de otros particulares (Uprimny & Rodriguez, 2003)

- **La Escuela de Chicago y el Neoliberalismo Monetarista de Milton Friedman**:

Milton Friedman fue un estadístico, economista e intelectual estadounidense de origen judío, que se desempeñó como profesor de la Universidad de Chicago. Friedman defendía el comercio libre con el exterior como medio para unir una nación en forma pacífica y democrática. En cuestiones políticas defendía el gobierno representativo y las instituciones parlamentarias, el poder arbitrario del Estado y la protección de las libertades civiles de los individuos. (Capitalismo y Libertad, 1966).

Los aportes más importantes de Friedman están relacionados con los conceptos de libertad e igualdad y en la sustentación de la función del capitalismo competitivo, como un sistema basado en libertad económica y de la función que debe tener el Estado en una sociedad dedicada a la libertad y que confía la organización de la actividad económica esencialmente al mercado. (Estrada, Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia, 2004)

Así mismo, la tesis del monetarismo de Friedman consagra que las crisis en el sistema económico no solo se derivan de las obstrucciones del Estado al desarrollo del "libre mercado" sino también del erróneo manejo de la economía monetaria, que habría provocado la inflación.

La reforma neoliberal según Friedman debía concentrarse a través de los procesos de privatización, de la erradicación del "parasitismo" provocado por el Estado benefactor y de la descentralización. (Estrada, 2004).

Así mismo, Friedman propuso que el Estado no fuera un actor activo sobre la economía nacional y por ende que si alguien debía ejercer el control de la economía, ese debería ser el capital privado de acuerdo con la libertad de mercado, señalando por consiguiente que el intercambio comercial es un acto voluntario. (Menèndez, 2000)

Por último, Friedman "critica las políticas reguladoras y redistributivas del Estado benefactor y social de derecho. pues afirma que dichas políticas provocan en el mediano y largo plazo, una tendencia inevitable a la inflación y al déficit fiscal, y por ende al estancamiento económico, debido al aumento desmesurado del gasto público que resulta de esfuerzos por reactivar la economía o por prestar servicios sociales". Además destaca que las políticas sociales de este tipo de Estado no benefician realmente a los sectores más pobres sino a grupos organizados de clase media, por lo cual reproducen la desigualdad a pesar de fundarse en una ideología igualitaria[37]. (Uprimny & Rodriguez, 2003).

[37] Friedman señala la ruptura del principio de la equivalencia estricta (igualdad de oportunidades) y su desplazamiento por políticas distributivas y redistributivas (igualdad de resultados), habría eliminado la conciencia del costo y producido una

1.3.2.2. Las Teorías Neoliberales Contemporáneas

Las relaciones entre Estado, sociedad y mercado se han redefinido en las últimas décadas para lograr el equilibrio fiscal, bajo el enfoque político cultural denominado neoliberalismo caracterizado por un retiro forzado del Estado de las actividades económicas que se concentran en el mercado considerado como el mejor asignador de los recursos sociales, liberador de las relaciones sociales y disciplinador de los comportamientos sociales. El neoliberalismo según Bordeu, tiene la tendencia como un todo a favorecer la separación de la economía de las realidades sociales.

Las teorías neoliberales contemporáneas parten de la década de los ochenta, con el surgimiento de la derecha conservadora, cuando llega al poder Thatcher en Inglaterra, con Reagan y el partido republicano en EEUU y posteriormente Bush y los halcones de sus políticas reaccionarias impuestas unilateralmente para desmantelar al Estado benefactor que puede conducir al desastre social. Pese a lo anterior, nos referiremos a algunas teorías contemporáneas de nuevos defensores del neoliberalismo a continuación:

- **La Construcción Teórica Neoliberal de David Harvey.**

El geógrafo y antropólogo norteamericano David Harvey define al neoliberalismo como “una teoría de prácticas político – económicas que buscan el libre desarrollo de las capacidades y las libertades empresariales del individuo, con los derechos de propiedad privada, mercados libres y libertad de comercio como un marco institucional protegido por el Estado. (Harvey, 2007)

Es por ello que los que comparten esta visión neoliberal afirman que el papel del Estado consiste en crear y preservar el marco institucional apropiado para las prácticas políticas económicas neoliberales. Por ejemplo, tiene que garantizar la calidad y la integridad del dinero, igualmente, debe disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados, sin que el Estado tenga que garantizar derechos más allá de lo enunciado.

Así mismo, Harvey afirma que el papel del Estado consiste en crear y preservar el marco institucional apropiado para las prácticas políticas económicas neoliberales. Por ejemplo, tiene que garantizar la calidad y la integridad del dinero. Igualmente,

disposición parasitaria sobre la riqueza social, que habría tenido como resultado la consolidación de una mentalidad del aseguramiento y el desarrollo de un “sistema de la irresponsabilidad organizada” que se fundamentaría en cada vez mayor apropiación de la riqueza social y nuevas formas de explotación

debe disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados. Por otro lado, en aquellas áreas en las que no existe mercado (como la tierra, el agua, la educación la atención sanitaria, la seguridad social o la contaminación medioambiental). Este debe ser creado cuando sea necesario mediante la acción estatal". Y agrega que, según los preceptos neoliberales, el Estado no debe aventurarse más allá de lo que prescriben estas tareas. (Harvey, 2007).

Por tanto, el constitucionalismo neoliberal es expresivo del proyecto político que pretende la producción de un nuevo orden capitalista, comprendido en el sentido positivo del derecho, en el que a diferente escala- supranacional y nacional estatal – se incorporan de manera sistemática y programada a los ordenamientos jurídicos en sus diversos rangos (constitucional y legal), los principios, conceptos y lineamientos del proyecto político económico neoliberal. En la base de ese constitucionalismo se encuentra la garantía, la protección y la promoción de los derechos de propiedad (privada) como elementos estructuradores de la economía y de la sociedad, y su formulación por medio de la formula política: economía de libre mercado más democracia liberal. (Estrada, 2010)

- **El Neoinstitucionalismo**

El neoinstitucionalismo intenta corregir ciertas insuficiencias de la economía neoclásica, y por ello insisten en que el mercado no se desenvuelve en el vacío, sino que requiere de instituciones que lo hagan posible. En particular se destaca que un intercambio económico implica un costo de transacción, que está representado por aquellos gastos en que las partes incurren para poder realizar el intercambio —v.gr. los costos para obtener la información relevante para poder concertar un negocio. La tesis básica es entonces que mientras más elevados sean esos costos de transacción, menos desarrollados y eficientes serán los mercados, pues más difícil será poder realizar un intercambio, y menores serán las posibilidades de crecimiento ya que éste depende de la amplitud del mercado. (Uprimny & Rodriguez, 2003)

De otro lado, los análisis neoinstitucionales también insisten en que, dado que las instituciones crean incentivos para los agentes económicos, es indispensable establecer arreglos institucionales que favorezcan el desarrollo económico y reformar aquéllos que lo obstaculizan. Por ello, algunos de dichos análisis cuestionan el constitucionalismo social, pues consideran que la inclusión de cláusulas sociales generosas en las constituciones, en vez de ayudar al bienestar social, obstaculiza el desarrollo. Esto es así porque, desde esta perspectiva, el reconocimiento de derechos sociales estimula conflictos distributivos, dado que las personas consagran sus esfuerzos a la obtención de esos servicios estatales, en lugar de dedicarse a las actividades verdaderamente productivas que impulsan el desarrollo económico.

(¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? el neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en America Latina, en la falencia neoliberal. Criticas y Alternativas, 2003)

En atención a las teorías neoliberales expuestas, se puede concluir que los postulados del neoliberalismo son contrarios al modelo de Estado social de derecho, toda vez que mientras que el primero de ellos busca proteger el individualismo, la propiedad privada y el mercado, el segundo busca realzar principios como la dignidad humana, la igualdad y la colectividad sobre el individuo.

Así mismo, las funciones que son propias del Estado en procura de garantizar una mayor libertad, no pueden desconocer las condiciones sociales mínimas de los individuos en virtud del principio de dignidad humana y su prevalencia frente a otros derechos, la libertad real y la prevalencia de la colectividad democrática sobre la individualidad.

En esa misma guía, una democracia constitucional genuina basada en el modelo de estado social de derecho busca el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario, que son los derechos liberales; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de "ciudadanía social", pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales. (Uprimny & Rodriguez, 2003)

Ahora bien, no se puede desconocer que el Estado Social de Derecho tiene sus deficiencias, sin embargo, las teorías neoliberales proponen soluciones radicales como desmontar todas las políticas del estado en pro de la defensa de los derechos sociales y dentro de estos el retroceso de los derechos laborales a través de flexibilización en la duración del contrato de trabajo en virtud de la prevalencia en la voluntad de las partes y la facilidad en las formas de terminación del mismo, lo que claramente podría llevar a futuro, al desvanecimiento de los derechos sociales laborales.

1.3.3. Las Políticas Neoliberales del Consenso de Washington y su aplicación en el Estado Colombiano

Las políticas neoliberales se han identificado con el llamado Consenso de Washington[38], el cual es considerado como una plataforma política a escala mundial. También puede ser considerado como un programa político de síntesis de unas propuestas políticas neoliberales y de unas experiencias de políticas de ajuste estructural que los países tercermundistas debían adoptar para lograr el desarrollo en el marco del panorama mundial. (Estrada, 2004), tanto así que según Judt, la doctrina de Washington fue

[38] Expresión acuñada en 1990 por el analista estadounidense Jhon Williamson, en un ensayo que resumía y defendía las diez políticas de ajuste estructural promovidas por los organismos financieros multilaterales –el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional(FMI) y por el gobierno de Estados Unidos a modo de condiciones para otorgar préstamos a países que como los latinoamericanos, atravesaban grandes crisis económicas y requerían dichos préstamos para mitigar los efectos de sus profundos déficits de la balanza de pagos. (Garavito & Uprimny, 2006)

recibida en todas partes como un coro de animadores ideológicos: desde los beneficiarios del “milagro irlandés” hasta los ultra capitalistas doctrinarios de la antigua Europa comunista. Incluso los viejos europeos se vieron arrastrados por la marea. (Judt, 2010)

Los aspectos más importantes del consenso se pueden resumir de la siguiente manera: “disciplina fiscal, cambios en las prioridades del gasto, reformas tributarias orientadas a buscar bases impositivas amplias y tipos marginales moderados, liberalización financiera especialmente en los tipos de interés, búsqueda y mantenimiento de la estabilidad de precios y de tipo de cambios competitivos, liberalización comercial, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas y privatizaciones, desregulación y derechos de propiedad”. (Williamson, 1990)

Sin embargo, “ante la acumulación de pruebas de los efectos nocivos de los programas de ajuste estructural, a mediados de los años noventa los defensores del programa neoliberal proclamaron la necesidad de una segunda etapa de reformas estructurales que complementara las del consenso de Washington inicial. (Naim, 2000). En esta etapa se encuentra la flexibilización del derecho laboral”[39] (Uprimny & Rodriguez, 2003).

En atención a lo antes expuesto, “en Colombia el proceso de juridizaciòn de la política neoliberal frente a la economía se adelantó con fuerza en la segunda legislatura de 1990, en el gobierno de Cesar Gaviria. La mayoría de reformas fueron aprobadas ese año y ya a principios de 1991 fue sancionada por la presidencia”. (Estrada, 2004). Gaviria implementó el lema “Apertura económica y modernización del Estado”, el cual buscó en términos generales privatizar las empresas públicas, integrar las economías al mercado mundial, remover las trabas intervencionistas que estaban impidiendo el libre funcionamiento del mercado (Jimenez, 2003). “Con las reformas de Gaviria[40] se avanzó de manera significativa hacia la llamada desregulación de la economía y se sentaron las bases para la reforma neoliberal del Estado, pues las mismas mostraron la consolidación de un enfoque de teoría y de política económica que sirve de soporte para el apalancamiento transnacional de amplios sectores de elites dominantes interesados en los “nuevos” negocios de la globalización capitalista y en su inserción en el nuevo sistema de poder en curso.” (Estrada, 2004)

Los efectos de la apertura económica en materia del trabajo muestran que en los años 90 se hicieron reformas laborales que redujeron en gran proporción los derechos de los trabajadores. “Un ejemplo de esta es la ley 50 de 1990 que no solo erosionó la estabilidad laboral al permitir la existencia indefinida de contratos a término fijo, sino que, además, facilito las posibilidades de despido al eliminar la retroactividad de ciertas prestaciones sociales y suprimir la acción de reintegro en los casos de trabajadores que llevaban más de diez años en una misma empresa. Además, se amplió la posibilidad de que los patronos recurrieran a las llamadas empresas de servicios temporales”. (Uprimny R. , Las transformaciones de la administracion de justicia en Colombia, 2001)

[39] La flexibilización del derecho laboral identifica mecanismos ligados a la creación de contratos especiales y temporales, la alteración de la estructura salarial y el empleo, la creación de empresas y de servicios transitorios, así como la supresión de las indemnizaciones por despido injustificado. (Navarro, 2001)

[40] Además del gobierno de Gaviria, las administraciones de Andrés Pastrana (1998-2002) y de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) han mostrado con claridad sus identidades con las políticas neoliberales.

Sin embargo, se podría decir que “el gobierno de Uribe Vélez (2002-2010) se constituye como el mayor impulsador de reformas laborales y pensionales que flexibilizan el mercado de trabajo[41]en Colombia, las cuales incluyeron la transformación del conjunto de reglas que regían las relaciones laborales”. (Leon, 2000), un ejemplo claro de lo anterior, es la ley 789 de 2002, pues esta amplió la jornada laboral ordinaria de 6:00 a.m. hasta las 10:00 p.m, redujo el porcentaje de pago para los dominicales y festivos y por consiguiente disminuyó los ingresos salariales y prestacionales del trabajador. Así mismo, esta norma redujo los montos para indemnización de despidos sin justa causa e indemnización moratoria que contemplaba la ley 50 de 1990.

Otra muestra la encontramos en la ley 793 de 2003, la cual es una reforma pensional que aumentó significativamente la edad y el numero semanas cotizadas para acceder a la pensión de jubilación, disminuyendo consecuentemente el valor en el porcentaje de pensiones para el régimen de prima media, entre muchas otras cosas.

Sin embargo, en contravía a la flexibilización, también la Carta Política tendió a constitucionalizar muchos de los principios protectores del derecho laboral clásico que eran precisamente negados por la legislación ordinaria. Así, en el campo colectivo, la carta protege el derecho de asociación sindical y amplía las posibilidades de negociación colectiva y huelga. Y en el campo individual, la Constitución recoge reglas esenciales para proteger al trabajador, como la primacía de la realidad frente a las formas, el salario móvil, el principio de favorabilidad y la protección a la estabilidad. Así, una ofensiva legal contra las reglas protectoras del derecho laboral clásico se ha acompañado de una importante constitucionalizarían de las principales garantías laborales. (Uprimny R. , 2001), de esto se trata la discusión, de establecer si en la jurisprudencia constitucional frente al tema de la estabilidad laboral muestra una línea conductora en la vía del Estado social de derecho, o por el contrato, muestra matices de políticas neoliberales. Esto se desarrollará en el siguiente capítulo de la investigación.

También. A los que se añadió figuras compensatorias de promoción y capacitación laboral, asistencia al desempleo, promoción a mecanismos de conciliación y flexibilización en las jornadas de trabajo.

1.4. Conclusiones

En el presente capítulo se abordaron por un lado el Estado social de derecho propuesto por la Constitución de 1991, con fuertes postulados en pro de la dignidad, igualdad y colectividad y por el otro se estudió el modelo económico neoliberal que mostró una tendencia marcada a favorecer la libertad negativa a través de las restricciones al Estado en pro de garantizar el individualismo, la propiedad privada y el desarrollo del mercado. Así mismo, se estudió como se incorporaron las políticas neoliberales del Consenso de Washington en el Estado Colombiano incluyendo la correspondiente a la flexibilización de la legislación laboral. En medio de ellos se hizo un estudio doctrinal y legal concerniente al principio de estabilidad laboral, ello con el fin de encontrar hacia donde se inclinaba la balanza en torno a este.

[41] Una de las estrategias más efectivas para inducir la flexibilidad laboral en América Latina fue el cambio normativo gubernamental a través de decretos, reglamentos y enmiendas constitucionales, lo que estimuló la adopción de nuevos patrones de negociación y la adecuación del funcionamiento de las instituciones laborales para una economía abierta

En virtud de lo anterior, se pudo concluir en primer lugar que la estabilidad laboral tiene una doble connotación, pues además de ser un derecho social, también es considerado un principio mínimo fundamental del trabajo. Así mismo, se pudo establecer como la protección de la estabilidad laboral ha ido disminuyendo de forma consecuente con las reformas laborales flexibilizadoras en virtud de políticas en donde prevalece la voluntad de las partes respecto a la duración del contrato y adicional a ello se han disminuido notablemente los montos frente a la indemnización por despido sin justa causa. Por último, también se pudo determinar que la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental frente a la protección de este principio respecto a ciertos grupos de trabajadores, es decir personas que presentan una protección constitucional especial (debilidad manifiesta).

2. ¿Qué tanto defiende la Corte Constitucional la estabilidad en el empleo?

"La contradicción de la globalización es que esté produciendo países ricos, con población pobre."

Joseph E Stiglitz.

Colombia siempre ha sido un país de grandes aspiraciones jurídicas, esto se puede reflejar en las dieciséis Constituciones[42] que ha tenido en el transcurso de su historia. Sin embargo y a pesar de los logros e innovaciones en el ámbito jurídico, "como la creación en 1910 de la acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo judicial, que permitía a los ciudadanos demandar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes que consideraran contrarias a la Constitución" (Pinto, 2011), en muchas ocasiones las cartas constitucionales no fueron lo que se esperaba, pues las mismas no reflejaban la realidad económica y social del Estado colombiano.

En el caso de la Constitución de 1991, está claramente no ha dado solución definitiva a los problemas sociales que aquejan al país desde su entrada en vigencia pese a su robusto catálogo de derechos. Sin embargo, ello no quiere decir que esta no haya generado transformaciones importantes consecuencia de la creación de un órgano colegiado denominado Corte Constitucional, "*que es como el superhéroe de un comic"* el cual a través de sus "*poderes*" trabaja en pro de la defensa de la Constitución y de la garantía del Estado Social de Derecho que la misma proclama[43], pese que en muchas ocasiones la han criticado las otras ramas del poder público por extralimitarse en sus funciones.

Ahora bien, en el transcurso de 25 años de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha tenido que enfrentar innumerables problemas jurídicos en materia de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, tanto en acciones de tutela como de constitucionalidad. En el primer caso, se podría decir desde una visión muy amplia que dicho tribunal ha desarrollado un activismo judicial progresista en aras de proteger los derechos sociales constitucionales. Sin embargo, y sobre todo en las sentencias de constitucionalidad en algunas ocasiones también se ha visto como la misma ha estado de acuerdo con proyectos legislativos que más que buscar la protección de derechos sociales, buscan maximizar las políticas neoliberales[44].

Por lo anterior, como la hipótesis del presente trabajo de investigación propone que la Corte Constitucional tiene un grado de protección intermedia respecto de la defensa del principio de estabilidad en el empleo, en este capítulo se hará un análisis del precedente

[42] Extraído del libro Cartas de Batalla del autor Hernando Valencia Villa.

[43] La carta constitucional de 1991, estableció la creación de un alto tribunal constitucional, como jurisdicción especial e independiente de la jurisdicción ordinaria y del Consejo de Estado, que tendría la calidad de ser otro órgano de cierre paralelo a las dos otras altas cortes, pero con la característica especial de ser un supremo guardián de la Constitución: Una especie de última instancia que vela por la integridad y el respeto del ordenamiento jurídico establecido.**Fuente especificada no válida.**

[44] Como es el caso de la sentencia C-038 de 2004, que declara la constitucionalidad de la ley 789 de 2002, en la cual se evidencia medidas regresivas aprobadas por parte del alto tribunal.

jurisprudencial frente a este derecho y principio constitucional, en donde se estudiaran por un lado sentencias de mujeres embarazadas teniendo en cuenta que en la actualidad este grupo de trabajadoras tiene una protección marcada por parte de la CC y por el otro se hará un análisis de las sentencias que ha emitido el alto Tribunal Constitucional frente a empleados tanto del sector público como del sector privado que no cuentan con ninguna garantía especial constitucional (estabilidad laboral reforzada), con el fin de revisar el grado de protección que ofrece dicha jurisprudencia y si estas consecuentemente obedecen al modelo de Estado social de derecho o por el contrario, intentan justificar las políticas neoliberales de flexibilización laboral.

Con el fin de probar la hipótesis planteada, es necesario medir el grado de protección, por ello se dividió en tres grupos de acuerdo a la caracterización que ha hecho la doctrina y la Corte Constitucional sobre el principio de estabilidad laboral (Sentencia SU-250, 1998) :

- **Alto grado de protección:** Establece límites estrictos para la procedencia legal del despido (como por ejemplo solicitar el permiso al ministerio de trabajo). Así mismo, defiende el concepto de estabilidad reforzada en donde procede la acción de reintegro derivado de considerar nulo la terminación del vínculo.

- **Protección intermedia:** Impone límites para que se produzca el despido tales como que no subsistan las causas que dieron origen al contrato o que el trabajador incurra en una causa objetiva o justa causa para dar por terminado el vínculo. Así mismo, se está de acuerdo con el pago de la indemnización tarifada de perjuicios y solo en casos muy específicos procede la acción de reintegro.

- **Bajo grado de protección:** No impone límite alguno al despido**,** justifica la disminución de los derechos laborales y defiende el concepto de estabilidad precaria, en donde el trabajador puede ser despedido con un alto grado de discrecionalidad por parte del empleador y sin derecho a la indemnización.

Cabe aclarar que para realizar el presente estudio jurisprudencial y de acuerdo a la metodología de (Courtis, 2006), lo primero que se hizo fue elegir un conjunto de decisiones jurisprudenciales del tema analizado, posteriormente se procedió a describir algunas de ellas que resultaron ser de importancia frente al tema a tratar, para luego entrar a extraer las ideas principales como la "ratio decidenci[45]" que da lugar no solo a la realización al análisis jurídico de la jurisprudencia, sino al valor normativo del precedente, lo que permite dar respuesta al problema jurídico de la presente investigación.

Adicional a lo anterior, frente a cada uno de los grupos de la jurisprudencia analizada se proporciona un análisis crítico, lo que sugiere la interpretación que debieron haber adoptado los jueces y que deberían adoptar en casos similares futuros.

[45] Las ratio decidendi son los fundamentos jurídicos en que el tribunal basa su decisión. Tienen carácter vinculante para el propio tribunal y para los tribunales que son inferiores jerárquicamente**.**

2.1. La Estabilidad Laboral Reforzada de la Mujer Embarazada.

En nuestro ordenamiento constitucional y legal las mujeres embarazadas cuentan con una clara garantía en materia de estabilidad en el empleo (Art 53 C.N), pues" una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada".[46] (Sentencia SU-250, 1998)

En virtud de lo anterior, existe una marcada protección de la normatividad Internacional, constitucional y legal, que protegen a la mujer embarazada entre estos encontramos el artículo 53 de la Carta la cual señala que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad; La Declaración Universal de derechos Humanos que en su artículo 25 establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, que en si artículo 10.2 establece que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que establece que es obligación de los Estados adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo; el Convenio 111 de la OIT que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el Convenio No 3 de la OIT que señala en su artículo 3 mecanismos para garantizar una licencia de maternidad.

En atención a la normatividad relacionada, es claro que "los efectos jurídicos pretendidos por la Corte Constitucional se focalizan en la garantía de la conservación del empleo para la mujer embarazada, como protección especial y en consideración de sus capacidades laborales". (Universidad Externado de Colombia, 2011), por lo cual dicho Tribunal Constitucional ha desarrollado un precedente solido que permite que la mujer en estado de gravidez se encuentre investida a hoy de una estabilidad absoluta.

A continuación se hará un análisis del precedente jurisprudencial[47] de la Corte Constitucional en donde se tomará como base las sentencias hito que abarcan el tema aquí estudiado.

[46] El ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad.

[47] Por precedente judicial me refiero a la norma jurídica de carácter general y abstracto declarada o creada por los órganos judiciales en ejercicio de su función jurisdiccional. Ahora bien, en cuanto al respeto al precedente como límite de la actividad judicial, en particular la Corte ha señalado que está dado por las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto. Igualmente ha dicho que es un asunto que adquiere relevancia constitucional pues en aras de garantizar el derecho a la igualdad, los jueces "deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos anteriores.

2.1.1. Precedente Jurisprudencial.

La Corte Constitucional desde sus inicios ha establecido que “la trabajadora en embarazo merece especial protección por su estado de indefensión, pues toda acción dirigida contra ella, vulnera en forma pluriofensiva diferentes esferas de derechos, como son la laboral, la de permanencia en el sistema de seguridad social y en su proceso biológico y psicológico, siendo por ello tal protección un deber de rango constitucional”, para consagrarle cierto derechos, entre los cuales están, la decisión sobre el número de hijos que se considere adecuado, la no discriminación por el estado de embarazo, el recibo de derechos y prestaciones sociales durante el embarazo, el mínimo vital durante y después del embarazo y la protección integral a la familia. (Sentencia T-373, 1998)

El fundamento constitucional de dicha garantía se encuentra en el artículo 43 de la Carta, el cual contiene un deber específico estatal que establece que durante el embarazo y después del parto la misma gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. “Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada”. (Sentencia SU-070, 2013) En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia.

Por lo anterior, en primer lugar, existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres.

El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante, de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez que se deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la C.N. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de este derecho fundamental.

Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como es el caso del

derecho al trabajo, lo que garantiza el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos"[48].

Es así que en el marco de la (Sentencia SU-470, 1997), la Corte sostenía que para aplicar el fuero de maternidad y proteger así el derecho a la estabilidad laboral reforzada, se debían cumplir los siguientes presupuestos:

1. Que el despido tuviera lugar durante el embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto,
2. Que al empleador se le hubiera puesto en conocimiento o debiera conocer el estado de la trabajadora[49],
3. Que el despido hubiera sido por razón o motivo del embarazo,
4. Que no haya mediado autorización del inspector del trabajo, tratándose de trabajadora oficial o privada, o que no se haya presentado resolución motivada en caso de ser empleada pública,
5. Que con el despido se amenace el mínimo vital de la gestante o del que está por nacer.

Adicional a lo anterior estableció la Corte, una presunción para garantizar el derecho, en donde si no se cumplían dichos requisitos, se entendía que el despido fue causado por la condición de embarazo de la trabajadora.

Posterior a ello, en (Sentencia T-095, 2008) la CC estableció que el efecto de no comunicar al empleador resultaba tan grave que le restaba eficacia a la acción de tutela, pues solo podía ventilarse las discusiones que se suscitaran frente a la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, a partir de esta sentencia, el máximo Tribunal Constitucional cambia su posición estableciendo que dicho requisito no puede ser interpretado de manera rígida, pues aun cuando la mujer embarazada no haya notificado su condición con anterioridad al preaviso o notificación de acto administrativo, lo único que se requiere es que se demuestre que se encontraba embarazada durante la vigencia del contrato, caso en el cual, debe el empleador cumplir con sus obligaciones y garantizar el reconocimiento y pago de todas las prestaciones derivadas del fuero de maternidad, pues limitar la protección de la mujer solo a los casos en que ha sido despedida con ocasión del estado de embarazo, termina por restringir una protección que la constitución confiere de forma positiva y amplia.

Sin embargo, el sin número de tutelas que abordaba este tema, sobre todo disimiles respecto al tipo de vinculación que tenía la trabajadora embarazada, dio lugar a que se unificara la jurisprudencia a partir de la sentencia SU-070 de 2013, dicha providencia la Corte empieza a aplicar el fuero de maternidad evaluando dos presupuestos, i) **la**

[48] Sentencia SU 070 de 2013.

[49] En relación precisa con el segundo presupuesto, consistente en que al empleador debe comunicársele el estado en que se encuentra la trabajadora, o debe conocerlo, inicialmente se contempló que su cumplimiento debía operar en sentido estricto, es decir, que al margen de la modalidad contractual se debió comunicar el estado de gravidez al empleador, restringiendo la fecha de comunicación de tal condición, pues debía realizarse con anterioridad a la comunicación de no prorrogar el contrato por vencimiento u obra cumplida que haga el contratante (cuando se habla de contratos a término fijo), o a la notificación del acto administrativo de desvinculación (cuando se habla de empleada oficial), ya que de no ser así, se entiende que el despido se generó debido a otra causal diferente al estado en que se encontraba la trabajadora, no cumpliéndose tampoco el 3er presupuesto, lo cual impide que se pueda garantizar el derecho de estabilidad laboral reforzada.

modalidad del contrato y ii) **si el empleador conoció o no del embarazo al momento del despido,** (Sentencia SU-070, 2013). En razón por la cual procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego de la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestren, sin alguna otra exigencia adicional:

a) La existencia de una relación laboral o de prestación y,
b) Que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

Los presupuestos esenciales de la Sentencia SU-070 de 2013, se explicaran a continuación:

2.1.1.1. La modalidad del contrato.

En la legislación laboral colombiana existen diferentes modalidades de vinculación[50], lo que les confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a

[50] La Corte constitucional en sentencia de unificación SU-070 de 2013, estableció unas subreglas de acuerdo a cada modalidad de contratación por las cuales se encuentra vinculada la mujer embarazada, dependiendo si el empleador conoce o no el estado de gestación. A continuación se describen las mismas.

- **Cuando el empleador conoce el estado de gestación:**
  - **Contrato a término Indefinido:** Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada y la despide sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.
  - **Contrato a término fijo, obra o labor, E.S.T. y Cooperativa de trabajo asociado**: Cuando el empleador conoce el estado de gestación y la desvinculación de la mujer embarazada se da antes del vencimiento del contrato sin calificación de una justa causa del inspector de trabajo, procede la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

    Cuando el empleador conoce el estado de gestación y la desvinculación de la mujer embarazada se da antes del vencimiento del contrato con calificación de justa causa del inspector de trabajo y el inspector determina que si subsisten las causas, el empleador deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores al parto. Así mismo, en caso de que el inspector determine que no subsisten las causas que dieron origen al contrato, se podrá dar por terminado el vínculo laboral al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.

    Cuando el empleador conoce el estado de gestación y la desvinculación de la mujer embarazada se da una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado, en este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral si no subsisten las causas procede el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación por parte del empleador y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecieron.

    En los casos anteriormente mencionados la CC señala que para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo propone que si no se cumple este requisito el empleador será sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 Numeral 3 del C. S. T.
  - **Contrato de prestación de servicios:** El juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la

término fijo que suscriben con los trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma

existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo.

- **Provisionalidad que ocupa cargo de carrera:** Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

  Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

- **Libre nombramiento y remoción:** Si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

- **Carrera Administrativa de entidad en liquidación:** Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, se configuran las siguientes hipótesis:

  - En el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

  - Si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

- **Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora:**

  - **Contrato a término indefinido:** En este evento surgen a la vez dos situaciones: Cuando el empleador adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

  - Cuando el empleador NO adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.

  - **Contrato a término fijo, obra o labor, E.S.T. y Cooperativa de trabajo asociado:** Si se desvincula a la trabajadora embarazada antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa, en este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

    Si se desvincula a la trabajadora embarazada antes del vencimiento del contrato, pero alega justa causa distinta a la modalidad del contrato, En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

  - **Libre nombramiento y remoción:** Si el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia referida que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas, así como a la protección de la mujer y de la maternidad. (art. 43 C.N).

2.1.1.2. Si el empleador conoció o no del Estado de gravidez al momento del despido.

La Corte Constitucional también señaló en la sentencia SU-070 de 2013, que a pesar de que el conocimiento del embarazo por parte del empleador no es requisito para la protección de la mujer embarazada, si lo es para determinar el grado de protección, toda vez que el conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. En cambio, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y asegurar los derechos del niño.

2.1.1.3. La extensión del derecho a la estabilidad laboral.

Para cerrar con el precedente, es importante tener en cuenta que de acuerdo a la sentencia C-005 de 2017, (Sentencia C -005, 2017), la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente los artículos del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), los cuales establecen que ninguna trabajadora podrá ser despida por motivos de embarazo o lactancia y que por ello el empleador necesita la autorización del inspector de trabajo o alcalde municipal, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la), siempre y cuando logre probar el Estado de gestación de su pareja y que la misma depende económicamente de este.

2.2. Conclusiones

Dentro del precedente[51] jurisprudencial analizado se puede concluir que la Corte Constitucional ha presentado en el transcurso de los veinticinco años de jurisprudencia, diferentes grados de protección frente al tema de la estabilidad laboral de la mujer embarazada:

- Todas las modalidades contractuales o reglamentarias tienen protección de estabilidad en el empleo cuando se trata de mujeres embarazadas.

- Existe un alto grado de protección cuando la trabajadora embarazada informa su estado de gravidez al empleador y dependiendo si subsisten o no las causas que dieron origen al vínculo contractual o reglamentario, procederá la ineficacia del despido y por consiguiente el reintegro. Ello obedece a una interpretación consecuente con el Estado Social de Derecho en defensa de los derechos sociales laborales, en donde claramente la mujer embarazada tiene un papel preferente constitucionalmente y por ello el principio de estabilidad laboral reforzada en este tipo de casos es absoluto.

- Entre los años 2007 a 2013 prevaleció una posición más garantista a la actual en donde la mujer embarazada tenía derecho a la estabilidad absoluta sin importar si el empleador conocía o no el estado de gravidez.

- La protección es intermedia cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora embarazada, pues según el precedente no existe discriminación por lo cual se le garantizan a la mujer embarazada ciertas prerrogativas en virtud del principio de solidaridad como el pago de la cotización por parte del empleador al sistema de seguridad social.

- Respecto al punto anterior, el grado de protección intermedia la cual se sustenta en que el empleador desconozca el estado de gravidez de la trabajadora, a toda luz tiene una tendencia a favorecer a los empresarios disminuyendo no solo el grado de protección[52], sino dejando a la trabajadora y al bebe que está por nacer en un alto grado de vulnerabilidad, pues durante los meses de embarazo esta no podrá conseguir uno nuevo trabajo y por ende no recibirá ningún ingreso que permita su manutención y la manutención de su hijo, hasta que tenga derecho a la licencia de maternidad.

[51] De acuerdo a la sentencia T 360 de 2015, es preciso distinguir cuáles son los argumentos jurídicos que constituyen el precedente y que, por tanto, resultan vinculantes y deben ser atendidos para resolver casos futuros. Al respecto, ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutiva o decisum, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la ratio decidendi que puede definirse como "la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva."; y los obiter dicta o dictum que son "toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario." En consecuencia, es la ratio decidenci que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.

[52] Hoy únicamente se le reconoce el pago de seguridad social.

- La Corte Constitucional en virtud de la sentencia C-005 de 2017 (Sentencia C - 005, 2017), extendió el derecho de estabilidad hacia su pareja, lo que constituye un gran avance en materia de derechos sociales, pues con ello se evidencia la importancia de la protección a los derechos del niño garantizando su futura manutención.

2.3. Precedente sobre el principio de estabilidad laboral impropia de los empleados y trabajadores en Colombia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Para realizar la investigación en esta parte del capítulo es necesario tener en cuenta que los empleados en Colombia pueden pertenecer al sector público o al sector privado. Esta clasificación es importante frente a la estabilidad laboral no solamente por los pronunciamientos de la CC sino porque en general existe una diferenciación constitucional y legal la cual como se verá a continuación le da mayor o menor grado de protección al trabajador dependiendo de la relación legal o del vínculo contractual por el cual fue contratado.

Teniendo en cuenta lo anterior, para analizar las sentencias de la CC sobre el principio de estabilidad laboral que nos lleve a la consolidación de un precedente, la misma se centrará en (5) grupos de empleados, dentro de los cuales encontramos:

- Empleados público.
- Empleado público en provisionalidad.
- Empleado de libre nombramiento y remoción.
- Trabajadores oficiales.
- Trabajadores del sector privado.

Por último, se debe aclarar que las sentencias que se estudiaran a continuación serán de casos en donde se regulan situaciones por la cuales no se encuentran vinculadas personas que tienen una protección constitucional especial y por ende no hacen parte del grupo de trabajadores que presenta una estabilidad laboral reforzada.

2.3.1. El precedente jurisprudencial de los funcionarios de la carrera administrativa frente al principio de estabilidad laboral.

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado “cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusivo en el mérito y en las calidades de los aspirantes”. (Sentencia C-288, 2014) Es por ello que la CC ha señalado que la carrera representa el instrumento ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública. (Sentencia C-356, 1994)**.**

Ahora bien, de acuerdo a la sentencia C-288 de 2014, (Sentencia C-288, 2014), la carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: "(i) realizar la función administrativa (art. 209 C.N) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 C.N) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 C.N), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la C.N".

En atención a lo anterior, uno de los principios que tiene especial relevancia en la carrera administrativa es la estabilidad en el empleo, por lo cual a continuación se estudiará el precedente jurisprudencial respecto a este tema con base en las sentencias de la CC, buscando determinar el grado de protección del Tribunal Constitucional respecto de los diferentes grupos de empleados y trabajadores que no presentan ninguna protección constitucional especial.

2.3.2. Precedente de Estabilidad del Empleado Público.

Los empleados públicos[53] que participan en un concurso de méritos para ocupar un cargo dentro de la carrera administrativa propia del engranaje de la administración estatal, ostentan un alto grado de protección en virtud del principio de estabilidad laboral (Ar. 53 C.P.) toda vez que el ingreso, ascenso y retiro en los cargos del Estado se realizan bajo condiciones que "(i) valoran el mérito y calidades de los aspirantes o servidores; y (ii) para el caso del retiro del servicio, deben estar relacionadas con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales que expresamente prevea la Constitución o la Ley, lo que permite predicar derechos adquiridos de permanencia en el empleo". (Sentencia C-588, 2009).

En principio, la sentencia C-479 de 1992 (Sentencia C-479, 1992), fundadora del precedente señala que" el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo". Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado.

Posterior a ello, la sentencia C-023 de 1994, (Sentencia C-023, 1994) señaló que la estabilidad laboral es un principio orientador de la carrera administrativa (Art. 125 C.P.) y por ello este excluye la discrecionalidad del nominador para desvincular a los funcionarios de carrera. Cita la sentencia en mención: "El principio de la estabilidad se

encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, busca que hace que estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador".

En esta misma vía, La CC cuenta con innumerables pronunciamientos jurisprudenciales[54] en donde explica que la estabilidad laboral hace parte de un derecho subjetivo del empleado de carrera, por lo cual señala que los mismos tienen derecho a una estabilidad mayor a cualquier otro tipo de funcionario del sector oficial y por ello es catalogada por la misma Corte como una estabilidad laboral impropia, pues se busca proteger al funcionario de carrera de un despido injusto, pues el nominador sólo está autorizado para ordenar el retiro cuando exista una justa causa para ello.(Articulo 125 C.P.).

Por lo anterior, es claro que las sentencias de la CC buscan proteger al empleado de carrera de la discrecional del nominador, y por consiguiente, el retiro solo será procedente en caso de que se incurra en cualquiera de las circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación valida. Es por ello que el art. 125 de la C.N. admite que el retiro se haga únicamente por i) calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; ii) por violación del régimen disciplinario y iii) por las demás causales previstas en la Constitución y la ley .

En esa misma vía, la sentencia C-540 de 1998, (Sentencia C-540, 1998) establece que los empleos de carrera administrativa son los que ofrecen mayor seguridad y estabilidad al trabajador y limitan en mayor grado la libertad del empleador para vincular y retirar al empleado. El ingreso de un empleado a la carrera está supeditado únicamente al cumplimiento de los requisitos contenidos en la Constitución y en el estatuto especial que la regula, y su permanencia en ella sólo debe estar condicionada a la idoneidad del empleado, al cumplimiento de las funciones de modo eficiente y eficaz y al logro de la mejor prestación del servicio público.

Así las cosas, es claro que la propia Constitución consagra que las circunstancias de retiro de los funcionarios están ligadas a la estabilidad en el empleo. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables, es decir, con soporte fáctico y probatorio, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

Sin embargo, en sentencia C-391 de 2002, (Sentencia C-391, 2002) y sentencia C-1076 de 2002 (Sentencia C-1076, 2002), la CC ha reconocido también que el legislador cuenta

[54] Entre estas la sentencia C 963 de 2003; Sentencia C-431 de 2010, Sentencia C-640 de 2012, Sentencia C 34 de 2015; entre otras.

con una potestad de configuración amplia para regular las formas de retiro de la carrera expresamente establecidas en el (artículo 125 C.P), así como para establecer otras, sin que ello implique que pueda desconocer los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, ni los principios sustantivos o los derechos fundamentales que tales principios tienden a optimizar.

No obstante, la sentencia C-501 de 2005, (Sentencia C-501, 2005), establece que pese a la amplia potestad del legislador para establecer otras causales de retiro de la carrera a condición de que dicha competencia no se ejerza de manera arbitraria, irracional y desproporcionada, porque su ejercicio se encuentra condicionado al respeto de los principios, valores, fines, derechos y deberes constitucionales que orientan la carrera administrativa. Desde la perspectiva señalada, las causales de retiro que establezca el legislador, adicionales a las previstas en la Constitución, según la CC sólo pueden fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se buscan satisfacer.

Por tanto, la administración es libre de elegir y desvincular, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección pues no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos objetivamente fundados.

Así mismo, la sentencia antes referida establece que el legislador también está facultado para diseñar el régimen disciplinario de los funcionarios de carrera, codificarlo en un único instrumento, o regularlo en varios, tipificar nuevas faltas y establecer distintas sanciones, e instituir el procedimiento a través del cual se imponen las sanciones. También puede regular y estructurar causales de retiro adicionales a las señaladas en el artículo 125 C.P., no necesariamente relacionadas con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario, como por ejemplo, la regulación del retiro de funcionarios por haber llegado a la edad de retiro forzoso, por la posesión de funcionarios de carrera en cargos de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva, o como consecuencia de la fusión, liquidación de entidades públicas o de la supresión de cargos.

Por último, es importante resaltar frente al régimen disciplinario que la finalidad es eminentemente sancionaría con el funcionario público, respecto a la escala de faltas y sanciones y que puede dar lugar a la suspensión temporal o definitiva del empleado de carrera, también tiene una protección constitucional en virtud del derecho fundamental al debido proceso el cual está rodeado de garantías previas a la imposición de la sanción, así como de controles posteriores, que aseguran al funcionario implicado la oportunidad de controvertir las acusaciones que se le hagan por incumplimiento de sus deberes.

Así mismo, la CC ha señalado que los efectos jurídicos por la no motivación del acto administrativo de un funcionario de carrera daría lugar a “(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”. (Sentencia SU-556, 2014).

2.3.2.1 Precedente en caso de supresión del cargo del empleado público en la Carrera Administrativa

Lo primero que hay que decir es que de acuerdo al planteamiento de la CC en virtud de lo dispuesto en los artículos 125 y 209 de la C.N, la administración pública tiene la facultad de adecuar las entidades de acuerdo a las necesidades del servicio; por lo tanto puede crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, sin que ello implique el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral que se deriva de la calidad de trabajadores inscritos en la carrera administrativa (Sentencia T-204, 2011).

Es por esta razón que para el alto Tribunal Constitucional no hay duda que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, 'no significa que el empleado sea inamovible. (Sentencia T-374, 2000)

Por consiguiente, la supresión de un cargo de carrera administrativa, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte[55], es factible y se puede dar, entre otras situaciones, por: i) fusión o liquidación de la entidad pública respectiva; ii) reestructuración de la misma; iii) modificación de la planta de personal; iv) reclasificación de los empleos; v) políticas de modernización del Estado, con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público; vi) controlar el gasto público.

Al respecto, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, que la reglamenta parcialmente, estipula el derecho preferencial a ser incorporados a un empleo igual o equivalente al suprimido, en la nueva planta de personal, y de no ser posible la incorporación, se podrá optar por ser reincorporados a otros empleos equivalentes o a recibir una indemnización.

De acuerdo al anterior y en virtud de la sentencia T-204 de 2011, (Sentencia T-204, 2011) las reglas generales para proceder a la supresión de un cargo de carrera administrativa son: "i) los servidores públicos que estén inscritos en la carrera administrativa, ostentan unos derechos subjetivos que materializan el principio de estabilidad en el empleo; ii) la administración pública está facultada para suprimir cargos de carrera administrativa en los términos establecidos por la Constitución y la ley; iii) en los casos de supresión de cargos de empleados inscritos en la carrera administrativa, estas personas, en virtud del derecho a la estabilidad laboral, pueden optar por la incorporación, la reincorporación, o la indemnización. En los primeros dos eventos se tiene un límite temporal de seis meses para efectuar la incorporación o reincorporación, término después del cual si no es posible encontrar una vacante, se procede a indemnizar al servidor o aspirante; iv) el respeto a tales reglas, configura el debido proceso administrativo a seguir en estos eventos".

Por lo anterior, es claro que de acuerdo al planteamiento de la CC, la misma no se opone a que el empleado de carrera sea desvinculado por la supresión de un cargo y reciba una indemnización. Al respecto, la CC en sentencia C-954 de 2001 (Sentencia C-954, 2001),

[55] Sentencia T-204 de 2011; Sentencia T-562 de 2011.

ha considerado que el pago de la misma desarrolla los principios de justicia y equidad y constituye un mecanismo eficaz para resarcir al trabajador por el daño sufrido como causa de la supresión del cargo que venía ocupando, siendo que aquél tenía derechos adquiridos a la estabilidad laboral y al reconocimiento del mérito, pues el Estado tiene el deber de reparar el daño aun cuando éste sea legítimo, es decir, cuando se causa como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, del traslado de funciones de una entidad a otra, o de la modificación de una planta de personal.

Así las cosas, se puede concluir que el precedente jurisprudencial que se refiere a estabilidad en el empleo de funcionarios públicos presenta una protección intermedia de acuerdo a la clasificación planteada al inicio del capítulo, pues la posición de la CC frente a estas sentencias impone límites para que se produzca la desvinculación del funcionario en virtud de lo contemplado en el Art. 125 de la C.N. Así mismo, en algunos casos como el de la supresión de cargos por parte de la administración la Corte no se opone al pago de una indemnización de perjuicios al funcionario.

Ahora bien, el tipo de protección del empleado público de carrera administrativa se enmarca dentro de las garantías propias del modelo de estado social de derecho y la consecuente protección de los derechos sociales laborales, pues a través de la barrera impuesta en el artículo 125 de la C.N. sumado al precedente constitucional, se garantiza que el empleado solamente pueda ser despedido por una justa causa constitucional y legal. Así mismo, este tipo de empleados asegura una mayor protección con la posibilidad de solicitar el reintegro a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, propia en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por último, es importante resaltar que este tipo de vinculación legal y reglamentaria aun no presenta matices de políticas neoliberales de flexibilización laboral que permita la desvinculación del funcionario con menor rigidez.

2.3.3. Precedente de estabilidad del Empleado en Provisionalidad

El empleado público en provisionalidad no tiene la misma protección en materia de estabilidad laboral que un empleado público vinculado por concurso de méritos. Sin embargo, la CC ha creado un precedente jurisprudencial importante que resulta ser proteccionista con este tipo de servidores públicos, pues se ha centrado en la motivación de los actos administrativos para que proceda en debida forma su desvinculación. En resumen, la regla general que utiliza la CC se centra en el inexcusable deber de motivación de los actos de desvinculación de los empleados en provisionalidad. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos sobre el tema en particular.

Por lo anterior, a continuación, se hará mención al precedente relevante sobre el particular:

La sentencia T-800 de 1998, (Sentencia T-800, 1998), la CC sostuvo que en virtud del principio de estabilidad, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma

discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.

Posteriormente, en sentencia SU-250 de 1998, (Sentencia SU-250, 1998) la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió amparar el derecho al debido proceso administrativo de la peticionaria y ordenar que se motivara el acto administrativo de desvinculación. Al respecto, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad, por lo que salvo casos excepcionales, los actos de la administración deben estar motivados. Ahora, respecto de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el caso concreto la CC en esta oportunidad consideró que "el decreto por medio del cual se retiró del servicio la peticionaria no tiene las características de publicidad, dentro del criterio que a tal principio se le ha venido dando, es decir, que la publicidad no se identifica con la publicación sino que va más allá de ésta, exigiéndose motivación, no solamente formal sino material".

Así mismo, en la misma providencia la CC hizo una aseveración de carácter general que vincula la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación con el requerimiento de protección del interés público. Ciertamente, la Corte aseguró que interés general al cual ha venido haciendo mención, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad, previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

Es así como en virtud de la interpretación del artículo 209 de la C.N. la CC señaló que acorde con los fines de la función pública, los actos administrativos de desvinculación deben ser motivados, ya que con ello se busca: 1) evitar arbitrariedades, dando información del por qué se produjo el acto y permitiendo interponer los recursos correspondientes; y 2) permitir un control efectivo, como extensión del principio de publicidad.

Por lo anterior, la motivación del acto administrativo resulta ser propia del modelo de Estado social de derecho, de acuerdo con la característica de prevalencia del interés general, pues la medida no solo busca proteger al empleado en provisionalidad de las arbitrariedades que pueda presentar la administración sino que a su vez garantiza el derecho de contradicción del acto motivado lo que genera la protección al debido proceso.

Ahora bien, después de la sentencia de unificación vino consigo reiterada jurisprudencia[56] confirmando la posición. Sin embargo, el Consejo de Estado tiene posturas disimiles[57] frente a cada una de sus salas por lo cual ha resultado difícil llegar a

[56] En la actualidad existe más de un centenar de sentencias de la Corte Constitucional que confirman la posición respecto a la motivación del acto. No obstante, las mismas varían en algunas ocasiones respecto a las medidas de protección adoptadas.

[57] La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, no ha sido uniforme. La Subsección "A" de la Sección Segunda consideró el año (2003), que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso. Mientras que para la Subsección "B" no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. El Consejo de Estado a partir del año 2003, unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero

un punto intermedio que garantice una estabilidad relativa al empleado en provisionalidad.

Otra providencia hito en la investigación es la sentencia SU-917 de 2010, (Sentencia SU-917, 2010) en donde la CC concluye, el inexcusable deber de motivación de los actos administrativos de insubsistencia de funcionarios de provisionalidad argumentando en primer lugar el respeto a los principios constitucionales propios del Estado de derecho, la garantía del derecho fundamental al debido proceso, el principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública los cuales exigen motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad. En segundo lugar, la Corte señala que no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos. En tercer lugar el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia.

Por lo anterior, en la providencia referida el Tribunal Constitucional añade al precedente abordado, que el acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción contenciosa administrativa y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Posteriormente, en sentencia T-289 de 2011, (Sentencia T-289 , 2011) la CC estableció unas claras subreglas de motivación de los actos destacando que el nombramiento en provisionalidad es eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente. Es por ello que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras “i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado”.

Por último, la sentencia SU-556 de 2014, (Sentencia SU-556, 2014) explica de manera clara cuales son las consecuencias jurídicas para la entidad estatal que desvincule a personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera sin un acto administrativo

alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna. Estimó igualmente, que cuando se remueve a esta clase de personal (vinculado en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables. Esta posición, la ha mantenido hasta la fecha el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

motivado, que son las mismas que se contemplan para los casos de los empleados públicos de carrera. Por tanto el precedente señala que los efectos jurídicos son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

No obstante, en sentencia SU-874 de 2014, (Sentencia SU-874, 2014), la Corte aclaró que las reglas especiales de reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir no se aplican si la decisión de tutela ordena la reincorporación al mismo cargo antes de que venza el periodo frente al cual se tenía la expectativa de permanecer en provisionalidad, pues en ese caso la indemnización será inferior a seis meses y corresponderá a lo que efectivamente se dejó de percibir en ese lapso.

Así las cosas, se evidencia que las entidades estatales no pueden tomar a la ligera la decisión de desvincular al funcionario, mas sin tener una motivación para ello, pues los efectos generan el reintegro del funcionario y el pago de las prestaciones sociales retroactivas, hechos estos que constituyen una sanción propia para garantizar el principio de estabilidad laboral.

Por lo anterior se concluye que la CC ha mantenido un grado de protección intermedia proteccionista frente al empleado público en provisionalidad, toda vez que está a través de sus sentencias limita la posibilidad de la desvinculación del funcionario, en este caso exigiendo como ya se ha dicho de manera reiterada la motivación del acto administrativo lo que en términos generales constituiría una justa causa aduciendo a los motivos de protección del interés público. Sin embargo, este tipo de empleados goza de una estabilidad intermedia menor a la del empleado público, pues si bien, la persona nombrada en provisionalidad tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la misma estabilidad del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, pues no ha superado el concurso de méritos.

Ahora bien, en el presente caso los empleados en provisionalidad de acuerdo al proteccionismo de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales han interpretado su jurisprudencia de manera garantista, acorde con los postulados del Estado social de derecho tales como debido proceso, prevalencia del interés público, principio de función pública, principio democrático y principio de publicidad.

2.3.4. Excepciones a la carrera administrativa

La carrera administrativa está acompañada de la necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general (Sentencia C-315, 2007), para de esta forma evitar que, en contra de la Constitución, “la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general. Sentencia C-195 de 1994 (Sentencia C-195, 1994), entre estos

se encuentran los cargos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador[58]. Sin embargo, en la presente investigación se hará alusión únicamente a dos de estos.

2.3.4.1. Precedente de estabilidad de empleados de libre nombramiento y remoción.

En virtud del precedente jurisprudencial de la CC, entre los actos administrativos que no requieren ser motivados "están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción". (Sentencia SU-917, 2010) El fundamento de esta excepción ha sido el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil[59].

Es por ello que dentro del grupo de trabajadores que no presentan ninguna protección constitucional especial, las personas que se encuentran contratadas en un cargo de libre nombramiento y remoción tienen el grado de protección más bajo en virtud del principio de estabilidad laboral, toda vez que de acuerdo con la sentencia T-445 de 2014, (Sentencia T-445, 2014), estas personas tienen una estabilidad precaria razón por la cual, no tienen, en principio, derecho a ser reintegrados y pueden ser desvinculados del cargo sin una justa causa y sin derecho a indemnización.

La CC en la citada sentencia ha justificado esta postura señalando que el despido como tal no es de relevancia constitucional, por tanto lo que resulta inadmisible desde el punto de vista de los derechos fundamentales es únicamente que el despido obedezca a una utilización abusiva de una facultad legal para esconder un trato discriminatorio hacia un empleado pues, de acuerdo con el principio de igualdad, no puede darse un trato igual a una persona sana que a una que se encuentra en una condición de debilidad manifiesta.

Por tanto, las personas que se encuentren vinculadas bajo este esquema de contratación estatal que no presenten ninguna debilidad manifiesta podrán ser despedidas en cualquier tiempo. A continuación se presenta el precedente constitucional frente al

---

[58] **Artículo 125 C.N.-** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. // Parágrafo (Adicionado. A.L. 1/2003, art. 6º). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido".

[59] **Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968:** El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

principio de estabilidad laboral en personas contratadas en cargos de libre nombramiento y remoción.

En sentencia C-540 de 1998, (Sentencia C - 540, 1998) la CC prevé que los empleos públicos de libre nombramiento y remoción tienen una situación distinta a los de carrera, estableciendo que para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.

Por su parte, la sentencia T-800 de 1998 (Sentencia T-800, 1998), reitera que el acto administrativo de desvinculación del personal contratado en cargos de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación. Cita la CC respecto a este punto que la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es más débil, ya que pueden ser separados del cargo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

Posteriormente, en sentencia C-734 de 2000 (Sentencia C-734, 2000), la CC entra a analizar el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, declarando la exequibilidad completa de la norma. En esta sentencia, la CC reitera que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivada, aclarando que se trata de una discrecionalidad relativa y que ello no significa que la misma sea un permiso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

Así mismo, señala la sentencia antes citada que la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción no se opone a la Constitución, toda vez que la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. Tampoco hay excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.

No obstante, la explicación dada por la Corte en esta sentencia resulta ser contradictoria, pues sin importar la naturaleza del cargo, cualquier acto de la administración en virtud del principio de legalidad propio del Estado social de derecho debería ser motivado. Así mismo, en virtud del principio protector de estabilidad en el empleo contemplado en el artículo 53, se debería proteger el empleo con las mismas reglas que cobijan a los empleados de provisionalidad (Así este cargo sea una excepción a la carrera administrativa) lo cual constituye una limitación para el nominador.

Así mismo, la posición flexible de la Corte transgrede la finalidad de la norma toda vez que ya que si bien no se requiere la motivación del acto, la propia ley exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlando la arbitrariedad en esas decisiones.

Ahora bien, la sentencia T-132 de 2007, (Sentencia T-132, 2007) amplia el argumento de la no motivación basado en la confianza, La CC señala en esta sentencia que el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.

Por su parte, en la sentencia T-187 de 2010, (Sentencia T-187, 2010), la Corte Constitucional analizó el caso de una servidora a la que le fue negado el reintegro en razón de que su cargo era de libre nombramiento y remoción. Sobre este aspecto, enfatizó que la estabilidad de estos empleos es precaria y que su finalización ocurre sin necesidad de motivación, tal y como se encuentra establecido en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973. Al respecto esgrimió lo siguiente: "Nótese que las disposiciones que regulan la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, no establecieron fuero de inamovilidad para los empleados que se encuentran en su cargo de libre nombramiento y remoción; contrario a la garantía de estabilidad prevista para quienes ostentan derechos de carrera; mal podría pretenderse que la vinculación precaria, por decisión discrecional del nominador, confiera derechos de permanencia".

Por último, la sentencia SU-054 de 2015, (Sentencia SU-054, 2015) señala que la ley 909 de 2004 en su artículo 5, determinó que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos en los cuales se tiene funciones de dirección, conducción, y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado. Así mismo, estos implican discrecionalidad del nominador, ya que éste, en atención a la naturaleza de sus funciones, los designa con base en consideraciones intuito personae. Por tanto, el retiro de dichos cargos es discrecional, pues depende de la confianza que el funcionario inspire en su nominador, aspecto que no se puede evaluar de manera objetiva y debe analizarse en cada caso particular.

De acuerdo al precedente de la Corte Constitucional en materia de estabilidad de los empleados de libre nombramiento y remoción, existe una postura lineal que establece que los mismos pueden ser desvinculados en cualquier tiempo sin necesidad de que exista un acto administrativo motivado, teniendo en cuenta que este tipo de cargos se crean por discrecionalidad del nominador y para funciones específicas de manejo y confianza.

En estas circunstancias es claro que este tipo de vínculo no cuenta con protección legal ni jurisprudencial que permita garantizar el principio de estabilidad laboral, pese a que los argumentos de la Corte en este aspecto resultan ser contradictorios con el modelo de Estado social de derecho[60], toda vez que en sentencia SU-917 de 2010, (Sentencia SU - 917, 2010), la misma CC señala que la motivación de los actos administrativos implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribe la arbitrariedad en

[60] En un verdadero modelo de Estado social se hace énfasis en el respeto por el derecho de los trabajadores, a no ser desvinculados sino por motivos realmente vinculados con el interés público y de interés general.

las decisiones que afectan a los administrados. No obstante, sin importar ello el Tribunal Constitucional ha defendido su postura de "inestabilidad" permitiendo que exista arbitrariedad por parte de la administración para proceder a la desvinculación de este tipo de funcionarios sin ninguna garantía de protección del empleo e indemnización por los perjuicios causados, postura esta que resulta ser constitutiva de flexibilidad laboral y por ende propia de un modelo neoliberal.

Así las cosas, por los anteriores argumentos es claro que el precedente jurisprudencial respecto a la estabilidad laboral de los trabajadores que ostentan un cargo de libre nombramiento y remoción tienen un bajo grado de protección, pues la Corte en dicho precedente no impone límite alguno al despido y defiende el concepto de estabilidad precaria, en donde el trabajador puede ser despedido con un alto grado de discrecionalidad por parte del empleador y sin derecho al pago de ningún tipo de indemnización.

2.3.4.2 Trabajadores Oficiales

La CC se ha pronunciado sobre la estabilidad laboral de los trabajadores oficiales en diferentes sentencias que abordan temas tales como la liquidación periódica de los contratos, el cumplimiento del debido proceso para imputar una justa causa, entre otros aspectos.

Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la liquidación periódica de los contratos, en donde el legislador ha querido disminuir la libertad contractual, como en el caso del artículo 2 de la Ley 64 de 1946[61], La CC en sentencia C-003 de 1998, (Sentencia C-003, 1998), ha interpretado que no se ve razón suficiente para obligar a dicha liquidación periódica, cada seis meses, de todos los trabajadores que así haya vinculado. Al respecto, señala el alto Tribunal Constitucional en la sentencia referida, que si la naturaleza del servicio impone la contratación a término indefinido, es claro que resulta contrario a los principios constitucionalmente consagrados de celeridad, economía y eficacia, estar procediendo a la mencionada liquidación semestral. Siendo ello así, la norma no admite tal interpretación, sino la más acorde con la filosofía que inspira a la Carta Política en materia laboral, que propugna, entre otras cosas, por la garantía de la estabilidad de los trabajadores, así como por el principio de razonabilidad, conforme al cual la norma bajo examen no obsta para la celebración de contratos de trabajo a término indefinido, si así lo acuerdan expresamente las partes.

Así mismo, en la citada sentencia también se esgrimió como argumento de inconstitucionalidad lo concerniente a la cláusula de reserva, el cual constituía un modo de terminación del contrato de trabajo, que eximía a la parte que unilateralmente ponía fin a la relación laboral de la obligación de expresar el motivo por el cual lo hacía[62]. Con

61 **Ley 64 de 1946: Artículo 2°:** Modificase el artículo 8° de la Ley sexta de 1945 en la siguiente forma: El contrato de trabajo no podrá pactarse por más de dos (2) años. Cuando no se estipule término o este no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc., se entenderá celebrado por seis (6) meses, a menos que las partes se reserven el derecho de terminarlo unilateralmente mediante aviso a otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario de acuerdo con la costumbre, y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Puede prescindirse del aviso, pagando igual período.

62 Esta prerrogativa, inicialmente consagrada en el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, era aplicable solamente a los contratos celebrados a término indefinido, debía constar por escrito, exigía un preaviso de 45 días que el patrono

relación a ello, la CC se adhiere a una posición intermedia frente al principio de estabilidad laboral argumentando que este no se refiere a la permanencia indefinida en un cargo, ni a la imposibilidad de desvinculación sin expresión de una de las llamadas justas causas para terminar la relación laboral, sino a que las normas jurídicas garanticen una indemnización por despido injustificado y como el artículo 2 de la Ley 64 de 1946 no lo hacía, la norma demandada resultaba lesiva al trabajador oficial.

Por lo anterior, se considera que frente a este aspecto la CC tiene una protección intermedia teniendo en cuenta que si son trabajadores del sector público, pese a que la connotación del cargo sea diferente, debería exigírsele a la administración las mismas condiciones que se establecieron para los empleados públicos, es decir la desvinculación en virtud de una causal objetiva señalada por la Constitución y la ley y en caso de no motivarse la decisión, que la consecuencia jurídica sea el reintegro como en el caso de los empleados en provisionalidad, en vez de la mera exigencia del pago de una indemnización.

Otro fallo que trata el tema de estabilidad en los trabajadores oficiales es la sentencia T-546 de 2000, (Sentencia T-546, 2000), la cual analiza el caso de un trabajador oficial que fue despedido por justa causa aduciendo que no fue surtido en debida forma el proceso disciplinario. En esta oportunidad la CC atendiendo a la defensa del derecho al debido proceso estableció que la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo consiste en manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior. Así mismo, señala la CC que tal deber tiene a su vez dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.

En esa misma vía, la sentencia T-546 de 2000, (Sentencia T-546, 2000), establece que este principio no implica garantizar la permanencia en un empleo determinado, aun en los casos en que la terminación del contrato provenga de una decisión injustificada por parte del patrono. En tales hipótesis, la protección de la estabilidad laboral se produce a través de la imposición de una obligación secundaria al empleador, como consecuencia de su responsabilidad. Con tal finalidad, nuestro ordenamiento laboral fija consecuencias precisas en los casos en que éste dé por terminado injustificadamente un contrato de trabajo. Así, no manifestarle al trabajador las causas de su despido, o no hacerlo conforme a las precisiones anteriormente establecidas, conduce a que el despido se considere injustificado y a que se deba indemnizar al trabajador, conforme al artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, pero no implica, por sí misma, que el trabajador tenga derecho a un reintegro definitivo. En efecto, el derecho a la estabilidad laboral no es absoluto y no puede, sin más, llevar a la conclusión de que un empleador está obligado a reintegrar definitivamente a un trabajador a su puesto de trabajo, por el solo hecho de que la terminación de su contrato de trabajo haya carecido de justa causa.

Posteriormente, la sentencia SU-998 de 2000 (Sentencia SU-998, 2000), en donde la CC analiza el caso de un despido colectivo de 220 trabajadores, de los cuales muchos de

podía compensar en dinero, e implicaba el pago de todas las acreencias laborales, más no el de una indemnización de perjuicios por terminación unilateral sin justa causa.

estos se encontraban afiliados a organizaciones sindicales y aun así fueron terminados sus contratos de trabajo por parte de la previsora. El Tribunal Constitucional señaló que "el despido colectivo amenaza el derecho de asociación sindical y en esa medida según la jurisprudencia constitucional no puede servir de disculpa para golpear a un sindicato la posibilidad de la terminación unilateral del contrato de trabajo de sus afiliados. En atención al anterior argumento, se ordena el reintegro de los 220 trabajadores oficiales a los cargos que venían desempeñando, sin solución de continuidad".

Sin embargo, la sentencia T-748 de 2005 (Sentencia T-748, 2005), avala el cambio del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en (Sentencia 19108, 2003), en el sentido que la CC manifiesta en la señalada jurisprudencia que no es necesario el trámite de despido colectivo ante el Ministerio de Protección Social[63] cuando se trata de trabajadores oficiales. Dicha sala argumenta que el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que hace parte del régimen laboral de los empleados particulares no se aplica frente a entidades del orden nacional, en virtud de la ley 489 de 1998, que establece los principios y reglas generales en las cuales el gobierno nacional está facultado para modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional.

En atención a lo anterior, la sentencia T-748 de 2005 (Sentencia T-748, 2005) de la CC establece que la interpretación que realiza la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en virtud a los nuevos presupuestos legales, acerca de los efectos de la Ley 489 de 1998[64], en lo que se refiere a la no necesidad de solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo para proceder a la desvinculación es razonable, y no puede ser tachada de arbitraria o caprichosa, para ser desvirtuada como una vía de hecho.

Sin embargo, la posición de la Corte Constitucional en esta sentencia respecto al punto de poner límites al despido de los trabajadores oficiales que sin duda es un límite que busca salvaguardar el principio de estabilidad laboral, es contraria al modelo de Estado social de derecho que busca garantizar la igualdad material y atender los postulados de justicia social teniendo en cuenta principios tales como el de favorabilidad. Por el contrario, la sentencia referida busca justificar las políticas neoliberales que permiten flexibilizar las relaciones de trabajo que se presentan en el sector público.

Por último, es importante resaltar que una posición más acorde al Estado social de derecho es la del magistrado Jaime Araujo Rentería, el cual, a través del salvamento de voto manifiesta que la CC no puede avalar una interpretación judicial que es contraria a la Constitución, sino que debe acoger únicamente tesis jurisprudenciales que sean conformes con la Carta Fundamental, en este caso, la tesis que protege el derecho colectivo del trabajo, en el sentido de exigir que debe existir autorización previa por parte del Ministerio de Trabajo para poder realizar despidos colectivos de trabajadores oficiales, puesto que esta última tesis es una tesis garantista y proteccionista de los derechos colectivos de los trabajadores.

---

[63] Hoy Ministerio de Trabajo.

[64] Es de aclarar que en atención a que la norma que exigía tal autorización, esto es, el artículo 37 del Decreto 1469 de 1978, reglamentario del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, fue declarado nulo parcialmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de julio de 1985, en la parte que contenía la expresión «trabajadores oficiales», tal como lo adoctrinó la Corte en sentencia CSJ SL13279-2014, en la que reiteró lo dicho en las CSJ SL, 22 abr 2008, Rad. 29105 y CSJ SL, 17 may 2006, Rad. 26067. y la sentencia SL8184-216 M.P. Gerardo BoteroZuluaga.

En virtud de lo antes expuesto se puede concluir que la CC ha protegido el principio de estabilidad laboral en providencias que tratan sobre la duración de los contratos de trabajadores oficiales, defendiendo una postura de libertad contractual para que las partes decidan el término por el cual se va a realizar la contratación, sin necesidad de que deban hacer una liquidación periódica cada seis meses como lo establecía el artículo 2 de la Ley 64 de 1946.

Así mismo, La CC avala el postulado de garantía al derecho al debido proceso propio del Estado social de derecho frente a sanciones disciplinarias que en últimas pueden dar lugar al despido, pues el trabajador debe tener la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen, con el fin de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, sin el pago de una indemnización.

No obstante, la posición presentada por la CC, sobre despidos colectivos de trabajadores oficiales es sin duda una posición que se enmarca dentro del esquema de flexibilidad, la cual es contraria al modelo de Estado social de derecho que busca garantizar la igualdad material y atender los postulados de justicia social teniendo en cuenta principios constitucionales como el de favorabilidad, estableciendo así menores garantías que incluso para los trabajadores del sector privado.

Por lo anterior, la CC dentro de su jurisprudencia constitucional tiene un grado de protección intermedia frente al grupo de trabajadores oficiales, pues aquí se defiende el concepto de estabilidad relativa impropia (ya sea con justa o sin justa causa) y por consiguiente se obliga al pago de la indemnización tarifada de perjuicios.

Sin embargo, frente a la interpretación de la sentencia T-748 de 2005, (Sentencia T-748, 2005) la CC presento un grado bajo de protección teniendo en cuenta que frente a los despidos colectivos de los trabajadores oficiales se debería requerir autorización del ministerio como lo establece el C.S.T. Sin embargo, pese a ello la CC acogió la postura de la CSJ sala laboral en el sentido dicha condición no se aplica frente a entidades del orden nacional, en virtud de la ley 489 de 1998.

2.3.5. Precedente de Estabilidad en Trabajadores del sector privado.

2.3.5.1. Terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa.

La legislación laboral del C.S.T. prevé formas de terminación del contrato de trabajo, entre estas podemos encontrar, la terminación del contrato con justa causa imputable tanto al empleador como al trabajador[65] lo cual es una forma de debilitamiento del principio de estabilidad en el empleo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en sentencia C-034 de 2003, (Sentencia C-034, 2003) que “el derecho a la estabilidad de los trabajadores se debilita, debido a la ocurrencia de ciertos hechos que muestran que el trabajador no cumplió adecuadamente con sus obligaciones laborales, y por ende el patrono se encuentra

[65] artículo 62 del C.S.T

autorizado a realizar el despido; sin que ello significa que tenga consecuencias sobre los otros derechos del trabajador".

Así mismo, la sentencia C-071 de 2010, (Sentencia C-071, 2010), complementa el precedente señalando que "la estabilidad de los trabajadores es relativa y puede verse disminuida por la terminación unilateral del contrato cuando para ello asisten motivaciones expresas, razonables y que no atenten contra los postulados constitucionales de protección especial a ciertos sujetos, de debido proceso y acceso a la justicia".

En atención a lo anteriormente expuesto es claro que la CC mantiene su posición en la cual la defensa del principio de estabilidad en el empleo no es sinónimo de inamovilidad, ni mucho menos cuando el trabajador o empleador incurren en cualquiera de las causales establecidas en el art. 62 del C.S.T. pues en este caso la estabilidad sede ante la incumplimiento de las obligaciones contractuales, razón suficiente para que fenezca el vínculo laboral y en consecuencia no se tenga derecho a la indemnización.

Por último, es importante resaltar que la CC en aras de garantizar los derechos de los trabajadores ha desarrollado una posición proteccionista referente al debido proceso, pues como en el caso de los servidores públicos, dicho Tribunal Constitucional ha establecido que antes de imponer una sanción disciplinaria al trabajador que en últimas puede generar la terminación del contrato de trabajo con justa causa, se debe seguir un procedimiento previo de acuerdo al RIT. El fallo más relevante sobre este punto es la sentencia C-593 de 2014, (Sentencia C-593, 2014) la cual establece que los elementos constitutivos del debido proceso en materia disciplinaria son"(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.", por ende, en caso de no cumplirse cualquiera de estos dentro del proceso disciplinario dará lugar al pago de la indemnización tarifada de perjuicios contemplada en el artículo 64 del C.S.T.

2.3.5.2. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

El artículo 64 del C.S.T. establece la terminación unilateral del contrato sin justa causa, que tiene como finalidad indemnizar al trabajador por los perjuicios causados, en virtud del incumplimiento de lo pactado. Estas indemnizaciones fueron tasadas por el legislador y son constantemente cambiadas por reformas laborales. En atención a lo anterior, la CC en las sentencias que se expondrán a continuación examina lo referente a la estabilidad laboral de los trabajadores del sector privados junto con el argumento del Tribunal Constitucional sobre la viabilidad de la indemnización.

La (Sentencia C- 594, 1997) es consecuencia de una acción pública de inconstitucionalidad del artículo 8º del Decreto Ley 2351 de 1965,[66] artículo 7º del

[66] Numeral 5º Acción de reintegro. Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el juez de trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio y si de esa apreciación resulta que el reintegro no

Decreto Ley 2351 de 1965[67] y del artículo 64 modificada Ley 50 de 1990, artículo 6º.[68] En esta sentencia el demandante considera que la terminación unilateral del contrato sin justa causa respecto a las normas señaladas atenta contra los principios de igualdad, estabilidad en el empleo y adicionalmente frente a la procedencia de la acción de reintegro de acuerdo a la discrecionalidad del juez, habría una diferenciación entre el trabajador reintegrado, respecto del trabajador que se le pago la indemnización.

Sin embargo, la CC aclara respecto al reintegro, artículo 8 del Decreto Ley 2351 de 1965, que su fundamento es objetivo y razonable, toda vez que la norma pretende proteger la estabilidad de aquellos trabajadores que hubieren cumplido diez años continuos de servicios y fueren despedidos sin justa causa, para los cuales establece, como regla general, una acción de reintegro. Sin embargo, existen casos en los cuales el despido injusto ha generado una relación a tal punto conflictiva que la orden de reintegro no parece apropiada y terminaría por afectar los intereses del propio trabajador, quien se vería obligado a desarrollar su función en un ambiente de trabajo manifiestamente hostil. Por ende, la Corte coincide con los intervinientes que en tales casos es razonable que la ley faculte al juez a establecer una medida que puede ser mejor para los propios intereses del trabajador, por lo cual no hay violación a la igualdad.

Así mismo, de acuerdo a las normas demandadas en la sentencia referida, la CC concluye que la norma pretende proteger la estabilidad de aquellos trabajadores que hubieren cumplido diez años continuos de servicios y fueren despedidos sin justa causa, para los cuales establece, como regla general, una acción de reintegro. Sin embargo, existen casos en los cuales el despido injusto ha generado una relación a tal punto conflictiva que la orden de reintegro no parece apropiada y terminaría por afectar los intereses del propio trabajador, quien se vería obligado a desarrollar su función en un ambiente de trabajo manifiestamente hostil. Por ende, la Corte señala que en tales casos es razonable que la ley faculte al juez a establecer una medida que puede ser mejor para los propios intereses del trabajador, por lo cual no hay violación a la igualdad.

Por lo anterior, la CC manifiesta su posición frente a la indemnización tarifada señalando que la Carta no prohíbe que el mecanismo de protección sea la indemnización, siempre y cuando esta sea suficientemente alta, no sólo para reparar el daño al asalariado sino también para disuadir al empresario de llevar a cabo conductas contrarias a la ley.

Ahora bien, la sentencia C-594 de 1997, (Sentencia C- 594, 1997) establece que “frente al artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, se obliga al empleador a explicar los motivos que dieron lugar a la terminación, la Corte interpreta dicha norma en el sentido en que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar

---

fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido podrá ordenar, en su lugar el pago de la indemnización.

[67] Artículo 62 Mod. Artículo 7º Decreto Ley 2351 de 1965. Terminación del contrato por justa causa. Son justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

“Parágrafo: La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”.

[68] Artículo 64. Mod. Ley 50 de 1990, artículo 6º. Terminación unilateral del contrato sin justa causa.

“4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

“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, 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.

unilateralmente el contrato, pues señala el Tribunal Constitucional que no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo".

No obstante, en caso en que no se exponga claramente el motivo de desvinculación junto con los hechos que lo acompañan, esto dará lugar a que se le pague al trabajador la indemnización de perjuicios del artículo 64 del C.S.T, pero no da derecho a una acción de reintegro por la omisión cometida.

En la misma vía, la sentencia T-546 de 2000, (Sentencia T-546, 2000), confirma la posición del precedente toda vez que esta establece que no se puede garantizar la permanencia en un empleo determinado, aun en los casos en que la terminación del contrato provenga de una decisión injustificada por parte del patrono. Señala la Corte al respecto que la protección de la estabilidad laboral se produce a través de la imposición de una obligación secundaria al empleador, como consecuencia de su responsabilidad y por ello las consecuencias en caso en que el empleador dé por terminado injustificadamente un contrato de trabajo sin manifestarle al trabajador las causas de su despido, o no hacerlo conforme a las precisiones anteriormente establecidas, conduce a que el despido se considere injustificado y a que se deba indemnizar al trabajador, conforme al artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, pero no implica, por sí misma, que el trabajador tenga derecho a un reintegro definitivo.

Así mismo, la sentencia C-1507 de 2000 (Sentencia C- 1507, 2000) en donde se demandan las expresiones "sin justa causa, resolutoria y lucro cesante" de los artículos 61 y 64 del C.S.T. que fueron reformados por el articulo 5 y 6 de la ley 50 de 1990, la CC ha señalado que "el contrato que se celebra con el fin de establecer una relación laboral nace a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades de las partes, y que nada se opone a que respecto de dicho convenio opere la condición resolutoria, pues resulta contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que ambas partes queden atadas a perpetuidad por ese vínculo. Así, señala la Corte que desde el punto de vista constitucional, no se puede avalar la petrificación de los lazos contractuales. Por consiguiente, el reconocimiento de la libertad para contratar contempla también un aspecto negativo, cual es el de la autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin perjuicio de la asunción de las responsabilidades patrimoniales que dicho evento pueda generar respecto de la parte afectada con esa conducta".

Ahora bien, la misma sentencia también señala que los factores de medición y el señalamiento de la reparación del daño del Art 64 del C.S.T. resultaban ser razonables, si se les miraba dentro del ámbito de libertad de que goza el legislador para regular esa materia, y sobre todo si se tiene en cuenta que se está frente a una indemnización de perjuicios a menos que él haya probado o pueda probar un perjuicio más grave del tasado anticipadamente por el legislador, hipótesis en la cual la disposición es exequible solamente si se entiende que en ese evento el patrono está obligado a indemnizar plenamente al trabajador en la medida de lo judicialmente probado.

Por lo anterior se concluye que La CC tiene un grado de protección intermedia frente al principio de estabilidad laboral cuando se trata de despidos con justa y sin justa causa de trabajadores particulares que no presenten ninguna debilidad manifiesta, pues si bien la

interpretación le da la oportunidad de reclamar una indemnización de perjuicios por un monto mayor, lo cierto es que no le permite al trabajador que demande el cumplimiento de la obligación del contrato y por consiguiente la reanudación del vínculo roto injusta e ilegalmente, como si se podría hacer en materia civil.

Adicionalmente, la CC en este contexto justifica la indemnización, pero no se pregunta porque en otros casos como es el de los empleados públicos existe un grado de mayor protección frente al principio de estabilidad laboral y por qué no se permite aplicar las mismas reglas generales frente a este tipo de trabajadores, pues al fin y al cabo la garantía del principio de estabilidad laboral es para todos y en los dos casos la contratación se hace a través de un proceso de selección (méritos), razón por la cual la Corte podría tomar una posición más garantista.

Por último, es importante resaltar que pese a que desde la expedición del C.S.T. el trabajador del sector privado puede ser despedido sin justa causa con derecho a la indemnización tarifada de perjuicios la cual como ya se vio ha ido disminuyendo con cada reforma laboral que se ha hecho lo que resulta tener una connotación neoliberal y por consiguiente de flexibilidad.

2.3.5.3. Contratos a término fijo.

En materia de contratos a término fijo el precedente de estabilidad laboral se funda en la sentencia C-483 de 1995 (Sentencia C-483, 1995), por la cual se resuelve la demanda interpuesta contra los artículos 101 y 102 del C.S.T. En esta oportunidad la CC señaló que "los contratos a término fijo no son perce inconstitucionales, sino que son permitidos siempre y cuando provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral y no a la imposición del legislador pues esta se opone a la Constitución porque condena en el caso de los profesores a inestabilidad laboral"[69].

Sin embargo, la sentencia C-483 de 1995 (Sentencia C-483, 1995), más que proteger la estabilidad laboral, protege la autonomía de la voluntad de las partes, que en la práctica se reduce a la voluntad del empleador.

Así mismo, en la sentencia C-588 de 1995 (Sentencia C-588, 1995) se demandan algunos apartes del artículo 3 de la ley 50 de 1990[70] el cual según el accionante violaba

[69] Cabe aclarar que en este caso los artículos referidos constituían un obstáculo para la contratación superior a un ano restringiendo el derecho a la voluntad de las partes lo que en consecuencia perjudicaba la estabilidad laboral del trabajador.

[70] ARTICULO 3o. El artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 4o. del Decreto-Ley 2351 de 1965, quedará así:

Artículo 46. Contrato a término fijo. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

los principios de igualdad y estabilidad en el empleo toda vez que claramente el contrato a término indefinido tiene más vocación de permanencia. Así mismo, señala el demandante que en términos de indemnización el empleador en los contratos a término fijo está obligado a pagar únicamente el valor que faltare para la terminación, mientras que en el contrato de trabajo a término indefinido pagara la indemnización correspondiente a todo el tiempo trabajado, es decir en la mayoría de los casos, a mayor tiempo, mayor indemnización.

No obstante, los argumentos esgrimidos por la CC en esta sentencia se resumen a que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aun cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. En otros términos, más que la fijación de un espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo.

Sin embargo, no se comparte la posición adoptada por la Corte, pues si el cargo requiere al trabajador indefinidamente, debería ser contratado a término indefinido, pues no solo hay mayores prerrogativas de estabilidad sino que en caso de una terminación del contrato sin justa causa, es más probable que su indemnización también lo sea.

En la sentencia C-016 de 1998 (Sentencia C-016, 1998), la CC señala que la “renovación sucesiva del contrato a término fijo, no riñe con los mandatos de la Constitución, ella permite la realización del principio de estabilidad laboral, pues siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”. No obstante, pese a la anterior interpretación, los artículos 45 y 65 demandados fueron declarados exequibles.

Es de aclarar que eso no significa que el empleador esté en la obligación de celebrar un contrato de trabajo a término indefinido, como tampoco lo está el trabajador, lo que asegura para éste último es la certidumbre de que bajo esas específicas circunstancias el patrono deberá renovar el contrato, en los mismos términos, salvo que las partes, en ejercicio de su autonomía, resuelvan utilizar alguna otra de las modalidades que consagra la legislación laboral, o definitivamente extinguir la relación.

Sin embargo, la anterior interpretación dada por la CC del principio de estabilidad laboral de acuerdo al salvamento de voto de la sentencia, debió supeditarse a que se entendiera que si dada la naturaleza de la labor contratada, se llegare a establecer que un contrato a término fijo disfraza en realidad una relación laboral que no exige lapso determinado, debe hacerse caso omiso de lo pactado y tener tal contrato por celebrado a término indefinido, con todas las consecuencias salariales y prestacionales correspondientes.

Parágrafo. En los contratos a término fijo a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.

Ahora bien, la sentencia T-1002 de 1999 (Sentencia T-1002, 1999) pese a que hace alusión al tema de estabilidad laboral reforzada en mujeres embarazadas, incorpora una nueva interpretación sobre el contrato a término fijo. En esta sentencia la CC señala que el solo hecho de la renovación del contrato no cambia su naturaleza, es decir, no se trueca en indefinido. Pero sí se produce esa mutación en la naturaleza del convenio cuando acontece lo contrario, esto es, cuando se ha celebrado bajo la modalidad "a término fijo especial" (menos de un año), y no se prorroga de manera expresa, dándose simultáneamente y de hecho la prolongación tácita de los servicios prestados por el trabajador. No puede entonces el patrono, a posteriori, acogerse al carácter fijo del contrato inicial para alegar su libertad de dar por terminada la relación laboral, que se ha tornado en indefinida. Esta interpretación se traduce en que los contratos a término fijo inferiores a un año que no son prorrogados expresamente, luego de la tercera renovación se tornan indefinidos.

Sin embargo, la CC pese a la sentencia antes referida, desde el cambio de posición de 1998 ha mantenido la línea frente a los contratos a término fijo bajo el postulado que mientras subsistan las causas que dieron origen al contrato, se debe garantizar su renovación.

Son muchas las sentencias que confirman esta posición, entre estas encontramos:

La sentencia T-173 de 2011, (Sentencia T-173, 2011) afirma que la terminación de un contrato de trabajo de manera formal, es decir por vencimiento de los términos inicialmente pactados, no constituye razón suficiente para el despido. Es necesario además que las causas que lo originaron en efecto se hayan extinguido. Este principio se aplica con independencia de la naturaleza de contrato laboral que se adelante.

Por lo anterior, se puede concluir que el precedente respecto a la terminación de los contratos a término fijo ya no parte de la premisa del acuerdo de voluntades sino 1) Que subsistan las causas que dieron origen al trabajo 2) Que el trabajador haya cumplido sus obligaciones a cabalidad.

Por consiguiente, el grado de protección en virtud del principio de estabilidad laboral en los contratos a término fijo resulta ser intermedio, toda vez que de acuerdo al precedente de la Corte, el empleado tiene derecho a la renovación de su contrato siempre y cuando subsistan las causas que dieron origen al mismo y que efectivamente este haya cumplido con sus obligaciones durante el transcurso de la relación laboral.

Sin embargo, pese al precedente que antecede, si el trabajador no presenta ninguna debilidad manifiesta, es decir no es sujeto de protección constitucional, no es procedente la acción de tutela[71], por consiguiente si se le termina el vínculo laboral por expiración del plazo fijo pactado, no tiene otra que recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral en

[71] De acuerdo a la sentencia SU-250 de 1998, La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

donde se tiene una interpretación menos favorable, pues para la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral es completamente viable la terminación del contrato por expiración del plazo fijo pactado cuando el empleador ha avisado la no prórroga del contrato con 30 días o más de anticipación, por ello no es necesario demostrar que no subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, pues para esta Corporación el precedente de la Corte Constitucional es simplemente una doctrina constitucional interpretativa. (Sentencia Rad 19.343, 2003)

2.4. Sentencias que representan un alto grado de flexibilización laboral en trabajadores del sector privado.

La sentencia (Sentencia C-038, 2004) se considera como el fallo que adopta de manera más abierta políticas neoliberales de flexibilización laboral, y que a su vez retrocede en la protección de derechos sociales laborales y por supuesto frente al principio de estabilidad laboral. En esta sentencia, "en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Enrique Borda Villegas presenta demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002, por vicios de trámite y por considerar que ese cuerpo legal califica, en forma ilegítima, al trabajo como una mercancía. Así mismo, el actor solicitó la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible"[72].

Ahora bien, frente al tema de estabilidad laboral lo que cambió con la ley 789 de 2002, fue el replanteamiento del pago de indemnizaciones para despidos sin justa causa que contempla la actual norma laboral, toda vez que es menos favorable para el trabajador en relación con la ley 50 de 1990. Pues mientras esta planteaba el pago con base en tiempos laborados, aquella lo hace teniendo en cuenta los salarios devengados, pero además en porcentajes inferiores. Lo mismo sucede con lo estipulado frente al pago de la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y salarios consagrado en el artículo 62 del C.S.T, la reducción del 25% para trabajo dominical y festivo, lo que constituye una evidente reducción de los derechos sociales laborales.

El problema jurídico que analizó la sentencia C-038 de 2004 (Sentencia C-038, 2004) fue: ¿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? Así, desde la pregunta inicial es claro que dicho Tribunal Constitucional lo que buscaba era encontrar una justificación racional que permitiera declarar la constitucionalidad de la ley 789 de 2002.

Dentro de las consideraciones de la Corte se encontró:

[72] Dentro de las disposiciones de La ley 789 de 2002, de manera general se amplió la jornada laboral ordinaria de 6:00 a.m. a 10:00 p.m, lo que conllevo al no pago del trabajo nocturno. Cabe aclarar que en virtud de la ley 50 de 1990, se reconocía un pago adicional del 35% a aquellos trabajadores por laborar en el horario comprendido de las 6:00 pm en adelante. Esto causó también la disminución en las prestaciones sociales del trabajador, lo cual debilitó los ingresos de este y por ende su poder adquisitivo. (Camargo, 2014)

- **Derechos adquiridos, meras expectativas y la posibilidad de nuevas regulaciones menos favorables al trabajador:** Señala la Corte en la sentencia analizada que la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho.

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

- **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:** Señala la CC que frente a todos los derechos sociales existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas, y por ello si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte[73].

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

- **La legitimidad del propósito constitucional de las medidas y la discusión sobre su adecuación:** La Corte da legitimidad a la ley apoyándose en que son normas para **apoyar el empleo y el crecimiento económico** y por ello son claramente constitucionales.

- **La justificación de la adecuación y necesidad de las medidas:** La Corte comparte la tesis de que un componente importante del desempleo está ligado a la rigidez del mercado laboral colombiano, que impiden un ajuste flexible entre la

[73] Observación 14 de 2000

> oferta y demanda de trabajo. Así mismo, Las anteriores consideraciones muestran que en los debates legislativos hubo una clara justificación de las medidas adoptadas, como instrumentos que eran considerados necesarios para combatir el desempleo.

Por todo lo anterior la CC resuelve en esta sentencia que los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la C.N. son proporcionados y respetan los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, por lo que las disposiciones acusadas son declaradas exequibles.

Ahora bien, frente al principio de estabilidad laboral, la disminución de la indemnización por despido sin justa causa busca esencialmente reducir el riesgo de contratación de los patronos, en la medida que los costos de un eventual despido resulten menores, por lo cual se concluye que la estrategia del legislador en la Ley 789 de 2002, es que los incentivos a la generación de empleos se sujeten a la reducción de los costos del despido.

Sin embargo, con este fallo es claro que la CC desmonta las garantías propias del Estado social de derecho, las cuales consisten no solo en tener una organización del trabajo dirigido a tutelar los derechos de los trabajadores y mitigar su estado de inferioridad ante los patronos, sino hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los cuales se encuentra el principio de estabilidad laboral.

Por último, es importante resaltar que en esta sentencia la CC no tiene ningún respeto frente a los principios mínimos fundamentales de derecho al trabajo y por el contrario avala y justifica la política neoliberal de la flexibilidad laboral que favorece la consolidación del mercado como herramienta de decisión.

En la misma vía, en la sentencia C-781 de 2003 (Sentencia C-781, 2003), se demanda algunas expresiones del parágrafo 2° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 por desconocer el derecho a la igualdad, pues señala el actor que las mismas autorizan un régimen de indemnización por falta de pago producto del despido sin justa causa para los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo mensual vigente, y otro a los demás trabajadores, esto es, para quienes perciben más de ese salario, de tal manera que introduce una discriminación contraria al artículo 13 de la C.N.

En virtud de lo anterior, La Corte en la sentencia referida establece que el trato diferente establecido en el parágrafo 2° de la Ley 789 de 2002, en favor de quienes perciben hasta un salario mínimo mensual vigente, está fundado en una justificación objetiva y razonable, ya que tal medida tiene por finalidad proteger a dichos trabajadores por tratarse de personas que, desde el punto de vista económico, se encuentran en una situación de vulnerabilidad manifiesta que las coloca en inferioridad de condiciones en relación con el resto de los trabajadores que reciben una asignación salarial superior.

Por lo anterior, la Corte avala la constitucionalidad del artículo estableciendo que tratándose de materias donde el legislador cuenta con una razonable facultad de configuración, a esta le basta con constatar que la decisión del legislador está inspirada en un mínimo de racionalidad.

Por último, la sentencia C-533 de 2012 (Sentencia C-533, 2012) en donde se demanda el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, facultaba en ciertos eventos al juez laboral para ordenar el reintegro del trabajador despedido sin justa causa, pero al ser modificado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, y éste por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, se consagró únicamente la indemnización por esa terminación unilateral, desconociendo la protección constitucional al trabajo (artículo 25 C.N) y sus principios mínimos fundamentales (artículo 53 C.N.), entre ellos la estabilidad laboral en el empleo.

Sin embargo, la CC en la sentencia referida concluyo que el reintegro del trabajador que lleva más de 10 años de servicio continuo no constituye la única forma de proteger la estabilidad, al poder acudirse normativamente a la fijación de una indemnización de perjuicios, u otros mecanismos legales para procurar aquella garantía, además que las normas impugnadas reconocieron expresamente el derecho de los trabajadores que cumpliesen con la exigencia de llevar más de 10 años de servicio continuo con el empleador, a enero 1° de 1991, cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1990, por tratarse de derechos adquiridos. En atención a los anteriores argumentos se declarará la exequibilidad de los artículos 6° de la Ley 50 de 1990 y 28 de la Ley 789 de 2002,

Así las cosas, por lo anterior se concluye que las sentencias que se acaban de exponer son un claro ejemplo de la posición neoliberal de la Corte Constitucional respecto a reformas laborales que regulan relaciones de trabajadores del sector privado, los cuales han tenido que asumir las cargas de la doble moralidad en la administración del Estado. Con ellas, lamentablemente se evidencia el bajo grado de protección frente al principio de estabilidad laboral, sobre todo cuando se demanda la constitucionalidad de las normas laborales.

2.5. Conclusiones Finales.

- El presente capítulo se dividió en el estudio de dos precedentes, que a su vez presentaron ramificaciones, el primero sobre la mujer embarazada y el segundo sobre empleados y trabajadores del sector público y privado que no presentan ninguna condición constitucional especial, esto con el fin de i) medir el grado de protección de la estabilidad laboral en las sentencias de la CC ii) validar o desvirtuar la hipótesis planteada. En virtud de lo anterior se llegaron a las siguientes conclusiones:

Respecto a la medición del grado de protección del principio de estabilidad laboral:

- Frente a las mujeres embarazadas se pudo concluir que existe un alto grado de protección cuando esta informa su estado de gravidez al empleador y dependiendo si subsisten o no las causas que dieron origen al vínculo contractual o reglamentario, procederá la ineficacia del despido y por consiguiente el reintegro. Ello obedece a una interpretación consecuente con el Estado Social de Derecho en defensa de los derechos sociales laborales, en donde la mujer embarazada tiene un papel preferente constitucionalmente y por ello el principio de estabilidad laboral reforzada en este tipo de casos es absoluto.

- Sin embargo, la protección es intermedia cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora embarazada, pues según el precedente no existe discriminación por lo cual se le garantiza a esta ciertas prerrogativas en virtud del principio de solidaridad, como el pago de la cotización por parte del empleador al sistema de seguridad social.

- El precedente jurisprudencial que se refiere a estabilidad en el empleo de funcionarios públicos vinculados a la carrera administrativa presenta una protección intermedia de acuerdo a la clasificación planteada al inicio del capítulo, pues la posición de la CC frente a estas sentencias impone límites para que se produzca la desvinculación del funcionario tales como la del Art. 125 de la C.N. para proceder a su retiro. Así mismo, en algunos casos como el de la supresión de cargos por parte de la administración la Corte no se opone al pago de una indemnización de perjuicios al funcionario. Por último, es importante destacar frente a este punto que esta protección a pesar de ser intermedia, es la más rígida en términos de garantía, respecto a los demás empleados y trabajadores tanto del sector público como del sector privado que no presentan ninguna condición especial.

- En lo que se refiere a estabilidad en el empleo de funcionarios públicos vinculados en provisionalidad La CC ha mantenido un grado de protección intermedia proteccionista, toda vez que está a través de sus sentencias limita la posibilidad de la desvinculación del funcionario, en este caso exigiendo la motivación del acto administrativo lo que en términos generales constituiría una justa causa aduciendo a los motivos de protección del interés público, por lo cual este tipo de empleados goza de una estabilidad intermedia menor a la del empleado público, pues si bien, la persona nombrada en provisionalidad tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la misma estabilidad del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, pues no ha superado el concurso de méritos.

- El precedente jurisprudencial respecto a la estabilidad laboral de los trabajadores que ostentan un cargo de libre nombramiento y remoción tienen un bajo grado de protección, pues la Corte en dicho precedente no impone límite alguno al despido y defiende el concepto de estabilidad precaria, en donde el trabajador puede ser despedido con un alto grado de discrecionalidad por parte del empleador y sin derecho al pago de ningún tipo de indemnización.

- La CC dentro de su jurisprudencia constitucional tiene un grado de protección intermedia frente al grupo de trabajadores oficiales, pues aquí se defiende el concepto de estabilidad relativa impropia (ya sea con justa o sin justa causa) y por consiguiente se obliga al pago de la indemnización tarifada de perjuicios.

- La CC tiene un grado de protección intermedia frente al principio de estabilidad laboral cuando se trata de despidos con justa y sin justa causa de trabajadores particulares que no presenten ninguna debilidad manifiesta, pues si bien la interpretación le da la oportunidad de reclamar una indemnización de perjuicios por un monto mayor, lo cierto es que no le permite al trabajador que demande el

cumplimiento de la obligación del contrato y por consiguiente la reanudación del vínculo roto injusta e ilegalmente, como si se podría hacer en materia civil.

- El grado de protección en virtud del principio de estabilidad laboral en los contratos a término fijo resulta ser intermedio, toda vez que de acuerdo al precedente de la Corte, el trabajador del sector privado tiene derecho a la renovación de su contrato siempre y cuando subsistan las causas que dieron origen al mismo y que efectivamente este haya cumplido con sus obligaciones durante el transcurso de la relación laboral.

- Por último, existe una posición neoliberal de la Corte Constitucional respecto a reformas laborales que regulan relaciones de trabajadores del sector privado, los cuales han tenido que asumir las cargas de la doble moralidad en la administración del Estado. Con ellas, lamentablemente se evidencia el bajo grado de protección frente al principio de estabilidad laboral, sobre todo cuando se demanda la constitucionalidad de las normas laborales.

3.¿Que nos depara el futuro? Hacia una nueva concepción del principio de estabilidad laboral.

"El futuro al igual que la estabilidad, no es algo que se pueda dar, se tiene que construir".

Anónimo.

La Constitución de 1991 en el título I denominado "de los principios fundamentales" artículo primero establece que "Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Con ocasión a lo anterior, las ramas del poder público en el Estado Colombiano encuentran en el artículo descrito y en la Constitución en general unos parámetros o instrucciones claras que se deben seguir para cumplir con los fines del Estado[74] y consecuentemente lograr materialmente y no solo en el papel, un verdadero Estado social de derecho. Pese a ello, en la actualidad vemos como muchas personas en Colombia no cuentan con derechos sociales básicos tales como la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, entre otros.

Ahora bien, así como es difícil para los asociados tener un empleo en Colombia, también lo es que los empleadores respeten los derechos sociales laborales y principios mínimos fundamentales[75] derivados del trabajo (Art. 53 C.N), razón por la cual es la justicia laboral y constitucional la que se encarga de integrar e interpretar en sus fallos judiciales estos principios, con el fin de que los mismos sean respetados.

Sin embargo, en el caso del principio y derecho social de la estabilidad laboral, existe una balanza que oscila entre una mayor o menor protección generada por las condiciones especiales del sujeto trabajador y a su vez por el tipo de contratación laboral por el cual fue vinculado. Sin embargo, más allá de buscar las formas laborales que se derivan hacia una mayor o menor garantía, lo realmente relevante en la presente investigación es poder determinar las contradicciones que se presentan en el cumulo de sentencias de la Corte Constitucional, entre el modelo de Estado social de derecho y la justificación de políticas neoliberales de flexibilización laboral, por lo que es necesario encontrar una alternativa armónica que permita una nueva concepción y equilibrio entre los dos modelos de este principio mínimo fundamental.

---

[74] Artículo 2º C.N: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[75] Para Jassir, los principios jurídicos se definen como aquella parte del ordenamiento que tiene por objeto concretar los valores propios de una disciplina determinada en normas orientadoras que constituyen la base de la estructura normativa. (Principios contitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano, 2010)

Así mismo, se buscará que la jurisprudencia constitucional mantenga una línea argumentativa coherente respecto a los postulados del Estado social de derecho, esto con el fin de evitar desviaciones futuras que puedan llegar a crear no solo inestabilidad jurídica, sino que permitan contrarrestar los derechos de los trabajadores y empleados en virtud del principio de estabilidad laboral.

Por último y teniendo en cuenta los postulados que dieron origen a la protección del trabajo, junto con el precedente actual de la Corte Constitucional en materia de estabilidad laboral, se intentará resolver la siguiente pregunta ¿Que nos deparará el futuro en materia de derechos sociales laborales y más específicamente en el tema de estabilidad laboral? Para ello, la metodología que se implementará en este capítulo, es la misma que utilizó (Judt, Algo esta mal, 2010) en su libro algo está mal[76]. Para ello se dará respuesta a los siguientes cuestionamientos:

- ¿Qué aspectos queremos rescatar del pasado?
- ¿Qué aspectos del presente queremos rescatar?
- ¿Qué debemos corregir?
- ¿Qué circunstancias podríamos reproducir?
- ¿Cómo lo podemos solucionar?

3.1. ¿Qué aspectos queremos rescatar del pasado?

"*Darle voz a las personas a través de los derechos, empodera y visualiza****."***

Patricia Williams

La búsqueda e implementación de los derechos sociales no ha sido una tarea fácil, pues la misma ha sido producto de innumerables luchas sociales que ha dejado un gran número de muertes, a cambio de que las futuras generaciones tengan un mundo mejor. Dicha efervescencia social entre los siglos XVIII a XX, ha traído como consecuencia la proclamación de nuevos derechos, entre estos los derechos sociales laborales.

En Colombia, el mejor ejemplo que propició la construcción de los derechos sociales laborales es la lucha sindical, la cual ha traído grandes beneficios a los trabajadores, desde la expedición de las primeras leyes de trabajo en el año 1920 y adicional a ello garantías para el trabajador en materia de derecho de asociación, temas relacionados con la maternidad, seguridad social, pago de prestaciones sociales, descanso remunerado, estabilidad laboral[77] etc.

Sin embargo, con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en 1950, (Decretos 2663 y 3743 de 1950)[78], comenzó la derrota del movimiento sindical y del sindicalismo en Colombia. (Silva, Flujos y Reflujos, 1998), y sus reformas posteriores Ley 2351 de 1965, Ley 50 de 1990 y Ley 789 de 2002 lo confirman, pues las mismas han sido abiertamente

[76] El cual busca justificar la implementación del modelo socialdemócrata en los EEUU.

[77] La recopilación de leyes laborales desde el año de 1920, se puede encontrar en los libros Flujos y Reflujos del profesor Marcel Silva Romero y el Estudio histórico del Derecho Laboral Colombiano del profesor Francisco Rafael Ostau de Lafont De León.

[78] El mismo fue el resultado de una recopilación de normas producto del intervencionismo del Estado y conquistas logradas por luchas obreras que fueron cristalizadas en las convenciones colectivas firmadas por los trabajadores en los puertos del rio magdalena.

regresivas, pese a que la CC ha señalado que está vedado al legislador, en su margen de configuración, retroceder en las conquistas alcanzadas en materia de DESC, salvo imperiosas razones.

Al respecto, la sentencia C-533 de 2012 (Sentencia C-533, 2012) señala que en el ámbito laboral y particularmente en cuanto a la no regresividad, la disminución de la protección de los derechos de los trabajadores resulta problemática constitucionalmente, en la medida en que pueda afectar el principio de progresividad, sin que ello signifique que regulaciones más estrictas devenga, per se, en un retroceso frente a esas garantías y la facultad de configuración del legislador 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".

No obstante, pese al aparte de dicha jurisprudencia, la CC como se demostró en el capítulo segundo de la presente investigación, en materia de derechos sociales laborales, en algunas oportunidades ha cedido, hasta tal punto de justificar no solo medidas regresivas sino políticas neoliberales que buscan única y exclusivamente la flexibilización y en ultimas la precarización laboral.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión que a "hoy damos por sentado los derechos, las instituciones, la legislación y los servicios que hemos heredado de la gran era de las reformas del siglo XX, pues somos los afortunados beneficiarios de una transformación cuya magnitud e impacto no tienen precedentes" (Judt, Algo esta mal, 2010), sin embargo, hay mucho que defender, razón suficiente para traer del pasado esa efervescencia a través de nuevos movimientos que luchen por la conservación y progreso de los derechos sociales laborales y entre estos se dé una mayor protección en materia de estabilidad laboral a todos los empleados y trabajadores en Colombia.

Por ello, la invitación en esta investigación es a unirnos como ciudadanos e invocar el respeto por nuestros derechos sociales, con el fin de protestar frente a las arbitrariedades que puedan presentar las ramas del poder público. Al fin y al cabo somos un Estado social y democrático de derecho, en donde existe la prevalencia de principios constitucionales tales como la dignidad humana, igualdad material, soberanía popular, libertad individual y la prevalencia del bien común frente al intereses particular, valores estos suficientes para no solo hacer valer nuestros derechos sino que a futuro podamos perfeccionarlos.

3.2. ¿Qué aspectos del presente queremos rescatar?

"Un principio es una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral."

Ronald Dworkin.

3.2.1. Los postulados constitucionales del Estado social de derecho, en la jurisprudencia sobre estabilidad laboral.

La Corte Constitucional en aras de garantizar los principios y derechos establecidos en la Carta Política de 1991, ha buscado desarrollar cada uno de los presupuestos esenciales propios del Estado social de derecho, de los cuales ha construido un precedente jurisprudencial solido basado en la defensa de dichos principios orientadores del Estado social de derecho, lo que se ha visto materializado en sentencias de constitucionalidad y a través de la aplicación de casos individuales en virtud del mecanismo de protección de derechos fundamentales, como es la acción de tutela.

Por lo anterior, a continuación se presenta de manera sintética como ha sido la aplicación de algunos de estos principios en la jurisprudencia constitucional:

3.2.1.1. Dignidad Humana

La CC en la sentencia 881 de 2002 (Sentencia 881, 2002), ha referido la dignidad humana en los siguientes términos:

> Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión "dignidad humana" como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Es por ello que en lo que respecta al derecho al trabajo y más específicamente a la estabilidad laboral, la dignidad humana representa un característica vital dentro de los principios fundantes del Estado social de derecho, pues además de considerarse como un plan vital para el trabajador o empleado, también a través de la relación laboral se hace posible que este y su familia vivan adecuadamente. Por lo anterior, este derecho resulta ser frecuentemente invocado y protegido en sentencias que se refieren a la estabilidad laboral de diferentes tipos de trabajadores que presentan una condición especial sobre todo en acciones de tutela.

Es decir gracias al derecho al trabajo y a la estabilidad que dé él se desprende, las personas permiten satisfacer sus necesidades fundamentales, obtener un mínimo de seguridad y vivir bajo condiciones de bienestar acordes a la dignidad humana.

3.2.1.2. Mínimo Vital

El mínimo vital está estrechamente ligado a la dignidad humana. Lo encontramos como derecho fundante del Estado social de derecho, el cual se constituye “en la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, que a su vez es un valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. (Sentencia T 211, 2011)

Es de aclarar que dentro de la jurisprudencia constitucional más específicamente en acciones de tutela, este es uno de los principios jurisprudenciales más reclamados, pues en muchas oportunidades los salarios de los trabajadores y empleados son la única fuente de ingreso del trabajador y su núcleo familiar y por consiguiente en el caso de perder el empleo no les es posible vivir en condiciones mínimas de dignidad.

Es por ello que en reiterada jurisprudencia de CC en materia de estabilidad laboral ha hecho alusión al principio de mínimo vital en lo que respecta al pago de salarios de los trabajadores, situación que se presenta generalmente en el caso de la estabilidad laboral reforzada en virtud de que el trabajador presente una debilidad manifiesta, lo que consecuentemente da lugar no solo al reintegro del cargo sino a su vez al pago de salarios y prestaciones retroactivas.

3.2.1.3. Igualdad material (No discriminación)

La igualdad material constituye una característica esencial del Estado social de derecho que impone al poder público y a los particulares una serie de deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos. (Sentencia T-445, 2014) Es por ello que frente al estudio de la jurisprudencia de la estabilidad laboral de la mujer embarazada, la CC ha considerado que “esta conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. “En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); derecho a la igualdad y a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de

gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43)". (Sentencia T-373, 1998)

Sin embargo, el argumento más fuerte que presenta la CC para la protección de la mujer embarazada respecto a los derechos de dignidad e igualdad es el de la no discriminación consecuencia del maltrato y de situaciones de inferioridad que la misma tenía en el pasado y que hacían que la igualdad entre los sexos no fuera real y efectiva. (Sentencia SU-070, 2013). Quiere decir ello que la postura sobre estabilidad laboral de la mujer embarazada[79] por parte de la Corte Constitucional es un claro ejemplo de la aplicación de los postulados del Estado social de derecho, pues además de tener un alto grado de protección que se consideran en algunos eventos como estabilidad absoluta, el mayor fundamento argumentativo de la CC se basa en la no discriminación, (en este caso sexual) de la mujer en estado de gestación, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas, lo que claramente se traduce en la defensa del postulado de igualdad material.

Es de recordar que el principio de igualdad material según la CC "se construye a partir de las condiciones particulares en que se encuentran los justiciables, es decir, desde esta perspectiva, se parte del supuesto de que es posible que no todas las personas que acuden a un trámite judicial estén en igualdad de condiciones, dado que razones económicas, físicas, mentales o cualquier circunstancia pueden colocarlos en situación de debilidad manifiesta, caso en el cual el Constituyente dispuso que esos sujetos tienen derecho a una protección especial por parte del Estado". (Sentencia T-262, 2009)

Por lo anterior, en atención a esa situación especial que presenta la mujer embarazada y a efectos de evitar la discriminación, la CC ha desarrollado un precedente jurisprudencial robusto en procura de la protección del empleo de la madre trabajadora, hasta el punto de que en la evolución de la jurisprudencia a hoy se ha dejado claro que la protección del empleo de la mujer en estado de gestación se extiende frente a cualquier tipo o forma de vinculación e incluso al conyugue o compañero permanente de la misma.

3.2.1.4. Principio de Carrera Administrativa

La CC ha presentado a la carrera administrativa como un principio constitucional en el Estado social de derecho, toda vez que este impulsa la realización plena y eficaz de principios como el de igualdad y el de imparcialidad, pues "se sustenta en la promoción de un sistema de competencia a partir de los méritos, capacitación y específicas calidades de las personas que aspiran a vincularse a la administración pública; sólo cumpliendo esos objetivos, que se traducen en captar a los mejores y más capaces para el servicio del Estado". (Sentencia C- 563, 2000)

Innumerable jurisprudencia de la CC establece que la carrera administrativa está ligada a los principios de eficiencia y eficacia, los cuales están directamentemente relacionados con la estabilidad laboral y más específicamente al rendimiento del trabajador, por lo que

[79] Es de aclarar que hoy gracias a las normas internacionales en pro de la protección a la mujer embarazada, los principios constitucionales, (Sobre todo el de igualdad y no discriminación Art. 13 C.N) las leyes laborales que la protegen y el precedente jurisprudencial de la CC, no es permitido despedir a una mujer en estado de gestación sin que medie autorización del Ministerio de Trabajo (Art. 239 del C.S.T), pues de hacerlo los empleadores no solo se enfrentan a un reintegro y al pago de salarios y prestaciones retroactivas, sino a título de sanción según la interpretación de la CC deben pagar adicional al trabajador una indemnización de 60 días en virtud del numeral tercero del articulo antes citado.

se protege al empleado de carrera de las arbitrariedades que pueda presentar el nominador respecto a la toma de decisión de la desvinculación del funcionario.

3.2.1.5. Principio de Solidaridad

Señala la Corte que “la solidaridad es entendida como un deber constitucional, que es impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social y consiste en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. (Sentencia T-445, 2014). Dicha solidaridad es propia de la construcción de un modelo de Estado social de derecho teniendo en cuenta que se trata de la unión de voluntades en procura de lograr vivir en dignidad.

Es por ello que dentro del deber de solidaridad se encuentra el principio del comportamiento social justo del individuo frente al Estado, que también se traduce en la obligación del individuo de cooperar en comunidad, facilitar el ejercicio de sus derechos y dar prelación al interés colectivo frente al individual.

Un ejemplo de la jurisprudencia de la CC que exalta el principio de solidaridad relacionada con el tema de estabilidad en el empleo es la correspondiente a las cargas adicionales que tiene que asumir el empleador, contratista o entidad estatal en atención a este principio, con el fin de no dejar desprotegida a la mujer embarazada ni al niño que está por nacer. En atención a ello en actual precedente de la CC establece que en caso de que la trabajadora no informe a su empleador del estado de gestación y la misma sea despedida, en virtud del principio de solidaridad este último debe pagar el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social con el fin de garantizarle los derechos sociales mínimos tales como la salud y el pago de la licencia de maternidad, entre otros.

3.2.1.6. Principio de publicidad y su relación con el Estado democrático.

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. (Sentencia SU-250, 1998)

Así mismo, el principio de publicidad tiene relación con el principio democrático, en el sentido que el Estado está en la obligación de informar a la comunidad en general los motivos que dieron lugar a tomar una determinada decisión en un acto administrativo determinado. Es por ello que en virtud del precedente jurisprudencial de la CC, el acto de desvinculación de un funcionario siempre debe motivarse, esto con el fin de que también pueda llegar a ser impugnado, violando a su vez el debido proceso.

La enunciación y utilización de este principio se encuentra en la innumerable jurisprudencia constitucional sobre la estabilidad del empleado contratado en provisionalidad, lo que se estrechamente ligado con la obligación de motivación de los actos administrativos.

3.2.1.7. Debido Proceso.

"El derecho fundamental al debido proceso debe ser garantizado y respetado en toda actuación judicial o administrativa sin perjuicio del carácter público o privado de las partes involucradas" (Sentencia T-276, 2014). Este derecho en defensa del Estado social de derecho se encuentra plasmado en la jurisprudencia sobre estabilidad laboral sobre todo en lo que concierne a procesos disciplinarios, pues como señala la jurisprudencia constitucional: "un Estado social de derecho debe estar dotado de herramientas que garanticen un proceso justo y adecuado en donde se garanticen los derechos fundamentales de los trabajadores, cuyos elementos constitutivos son"(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus." (Sentencia C-692, 2008)

Así las cosas, dentro de lo que queremos rescatar del presente, se encuentra la aplicación y desarrollo de los principios constitucionales propios del Estado social de derecho en la jurisprudencia constitucional, pues con ello ha protegido la estabilidad en el empleo de los trabajadores y empleados en Colombia y consecuentemente ha materializado en sus sentencias la protección de los derechos sociales laborales. Por ejemplo, no cabe duda que frente a los sujetos de especial protección constitucional en el caso de la mujer embarazada, en los empleados de carrera administrativa, o incluso en los de provisionalidad, ha sido clara la política de protección al empleo que le ha dado la CC haciendo alusión a los principios enunciados. Así mismo, el Tribunal Constitucional también ha defendido el principio constitucional de carrera administrativa acogiéndose a postulados de eficiencia, eficacia y respeto al régimen disciplinario, lo que se traduce en que la desvinculación del trabajador siempre debe ser justificada.

Desde esta óptica se pensaría que la CC ha hecho un gran trabajo en la materialización de los principios de Estado social de derecho y consecuentemente ha protegido el empleo de muchas personas a través de sus sentencias, sin embargo, a continuación se evidenciaran algunas de las contradicciones que dicho Tribunal constitucional ha mostrado en materia de derechos sociales laborales y la justificación que la misma ha dado en defensa del "Estado social de derecho" con matices que presentan la políticas neoliberales de flexibilización laboral dentro de su jurisprudencia.

3.3. ¿Qué debemos corregir?

"*Las disparidades de riqueza y pobreza se hacen menos marcadas entre países, dentro de ellos aumenta. Es más, la expansión económica sostenida en sí misma no garantiza ni igualdad ni prosperidad, ni mayor trabajo, ni siquiera en una fuente fiable de desarrollo económico."*

Tony Judt.

3.3.1. Las políticas neoliberales inmersas en una justificación constitucional en la jurisprudencia.

De acuerdo con la investigación realizada, han sido más de treinta (30) años de neoliberalismo en Colombia, a pesar de que las ramas del poder público[80] intentan disfrazar estas políticas con "idilios sociales", lo cierto es que es claro que dichas medidas van en contravía del Estado Social de derecho, que es a hoy la carta de presentación de nuestro Estado, de nuestra Constitución y por ende de nuestra jurisprudencia constitucional.

No se desconoce que nos encontramos en la era de la globalización e internacionalización, en donde la economía y el mercado juegan un papel de importancia dentro de las políticas estatales. No obstante, en un Estado como Colombia, en donde los postulados constitucionales apuntan a la protección y garantía de los derechos fundamentales y los DESC, el engranaje estatal incluidos los tres poderes públicos, deberían trabajar unidos para garantizar la protección de los derechos sociales. Sin embargo, lamentablemente en algunas ocasiones estos se unen para retroceder en esta materia.

Por lo anterior, a continuación presentaremos como la Corte Constitucional ha justificado la implementación de políticas neoliberales en contravía del principio de estabilidad laboral, en virtud de las justificaciones que a continuación se muestran.

3.3.1.1. "La promoción del empleo"

Han sido varias las reformas laborales que han permitido la reducción de derechos sociales a través de la promesa del fomento del empleo. Sin embargo, pese a que esta regresión resulta ser contraria al modelo de Estado social de derecho, lo cierto es que tanto la rama legislativa como la ejecutiva han implementado en la legislación actual políticas de flexibilización laboral que son el resultado de la implementación del consenso de Washington.

En el caso de los derechos sociales laborales la prueba más clara de flexibilización en materia de estabilidad laboral la encontramos en la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002. En dicha legislación se encuentra una gran regresión en materia de derechos sociales laborales pero específicamente respecto al principio de estabilidad en el empleo, pues la primera norma permite formas de contratación especial y temporal junto con la creación de empresas y de servicios transitorios. Así mismo, disminuye el monto de las indemnizaciones por despido sin justa causa, mientras que la segunda, aparte de disminuir el monto de las indemnizaciones restringe la posibilidad de recurrir al juez laboral para que en caso de ser despedido después de diez años de servicio analice las

80 Según Estrada, Los poderes legislativo y ejecutivo defienden con fuerza y promueven con determinación las políticas neoliberales **(Estrada, Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia, 2004)** La defensa que hacen los poderes legislativo y ejecutivo de las políticas neoliberales gozan de una mayor influencia, gracias al proyecto más amplio de globalización, impulsado y subsidiado parcialmente por los poderes internacionales de facto.

condiciones del mismo y por consiguiente proceda el reintegro laboral como lo establecía el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965[81].

Ahora bien, desde la perspectiva del consenso de Washington, es claro que con las reformas laborales antes mencionadas, lo que se buscó por parte de los gobiernos de Gaviria y Uribe fue mantener las buenas relaciones con EEUU que dieran paso a una supuesta modernización del Estado Colombiano a costa de un precio muy alto de reducción de derechos sociales.

Sin embargo, en el Estado colombiano no es raro ver este tipo de reformas que provengan de la rama legislativa y ejecutiva, pero si es extraño como la CC al momento de estudiar las normas las haya declarado exequibles, pues este es el caso de las sentencia C-781 de 2003 (Sentencia C-781, 2003), sentencia C-038 de 2004 (Sentencia C-038, 2004), y sentencia C-533 de 2012, (Sentencia C-533, 2012), cuyos aspectos más relevantes fueron estudiados en el segundo capítulo de la presente investigación.

No obstante, lo más desconcertante de todo frente a la política de inversión y empleo es que de acuerdo a la investigación realizada por un estudiante de la Universidad de Medellín, para el año 2003 (más de diez años después de la reforma), existía una alta tasa de desempleo, el subempleo se encontraba por encima del 30% y la informalidad por el 60%. (Lenis, 2003). En la misma vía, la finalidad de la ley 782 de 2002, tenía como principal objetivo apoyar el empleo y ampliar la protección social, sin embargo, de acuerdo al trabajo realizado por estudiantes de la Universidad de la Salle y Universidad el Rosario se pudo concluir que dicha reforma no tuvo efectos positivos sobre la calidad del empleo, se redujo la formalidad laboral en la incidencia del contrato escrito de trabajo, no logró enfrentar las características estructurales causantes del alto nivel de desempleo en el mercado y en consecuencia los mecanismos para proteger a la población no tuvieron el efecto esperado. (Gonzales & Sanchez, 2010) (Guataqui & Garcia, 2009)

3.3.1.2. La liberalización del comercio a través de los TLC

Los tratados de libre comercio “son generalmente acuerdos bilaterales entre Estados, los cuales se suscriben persiguiendo la liberalización del comercio: esto es lo que denominamos el objetivo “macro” de los TLC”. (Rueda & Caceres, 2012). Sin embargo, es un hecho notorio que dichos tratados se enmarquen dentro de la concepción general de neoliberalismo en donde el mercado se impone sobre el Estado por ser este asignador por excelencia de los recursos.

Para el caso de TLC Colombia–EEUU[82], el discurso oficial que lo fundamenta proclama que dicho acuerdo comercial permite, por un lado, acceder al mercado más grande del

[81] Salvo para el caso de los regímenes de transición respecto a los trabajadores que al primero de enero de 1991 tuviesen una antigüedad igual o mayor a 10 años.

[82] Atendiendo al proceso de incorporación a la legislación interna colombiana, el TLC entre Colombia y EEUU se suscribió el 22 de noviembre de 2006, pero se surtió mediante la aprobación de la Ley 1143 2007, por el Congreso colombiano, complementada mediante Sentencia C-750/08. Con igual suerte corrió el “Protocolo Modificatorio” del Acuerdo, firmado en Washington el 28 de junio de 2007, y aprobado mediante Ley 1166 de 2007, cuya exequibilidad fue declarada en Sentencia C-751/08. El TLC fue aprobado por el congreso de EEUU, el 12 de octubre de 2011 y entro en vigencia desde el 15 de mayo de 2012.

mundo y así poder aumentar las exportaciones, generar más empleo y superar la pobreza; y por el otro, generar un ambiente nacional de competitividad mediante la importación de productos estadounidenses, lo que conduciría a una mayor eficiencia y una creciente productividad. (Trujillo, 2004) Sin embargo, los idilios que muestran los partidarios del TLC se contrarrestan con el riesgo de una inminente de una disminución de beneficios laborales[83] incluyendo lo concerniente al principio de estabilidad laboral para los trabajadores y empleados.

Al respecto, la CC a través de la sentencia C-750 de 2008 (Sentencia C -750, 2008), declara la exequibilidad de la Ley 1143 de 2007, Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

No obstante lo anterior, al entrar a analizar los argumentos que tuvo la CC para declarar su exequibilidad, se encontraron algunos principios tales como a) principio Pacta Sunt Servanda, b) principio de libertad económica c) principio de transparencia en los TLC d) principio de trato nacional, entre otros. Sin embargo, si confrontamos los mismos con los principios propios del Estado social de derecho, nos encontramos con varias contradicciones en donde el mercado superara a los postulados del Estado, lo cual traerá como consecuencia la reducción de los derechos laborales a largo plazo.

Así mismo, pese a que el TLC consignó un capítulo dedicado solo a temas laborales y se comprometió a dar cabal cumplimiento en lo que en materia laboral establezca la Constitución y la Ley, es claro que esto no se cumple cuando se trata sobre todo de temas sindicales, pues acá se busca atraer inversiones internacionales y nacionales por la vía de reducir aún más las condiciones laborales. Así mismo, el sistema de competencia que es propio de la liberalización del mercado, generará con el paso del tiempo la precarización de las condiciones laborales.

Por último, no hay que desconocer que el TLC tienes fines altruistas como lo es asegurar un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones con la finalidad de promover el desarrollo económico integral, crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y niveles de vida, y reducir la pobreza. Sin embargo, se conoce que pese a los beneficios económicos y comerciales que ha generado para Colombia la suscripción del mismo, lo cierto es que en este tipo de convenios bilaterales las leyes económicas siempre primarán sobre los derechos sociales, situación está que no es desconocida para la CC.

3.3.1.3. La confianza del empleado de libre nombramiento y remoción.

Otra justificación en donde la Corte Constitucional defiende políticas neoliberales, es el precedente jurisprudencial que acompaña la estabilidad laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción, pues a hoy este grupo de trabajadores no tienen ninguna

[83] A esto se le denomina Dumping Social, "*dumping* social", que, según escrito del catedrático de la Universidad de Costa Rica, Bernardo Van Der Laat, "se identifica con la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de seguridad social y de derechos laborales para los trabajadores".

garantía de permanencia en el empleo y por el contrario existe una alta facultad de discrecionalidad del nominador lo cual permite la desvinculación del funcionario sin motivación alguna y lo que es peor, sin derecho a la indemnización[84].

La anterior interpretación se debe a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, que señala que las excepciones a la carrera administrativa son: 1) los empleos de elección popular, 2) los de libre nombramiento y remoción, 3) los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, los mismos tienen unas características específicas ya que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad laboral. Ello en consideración a unos parámetros o criterios que ha fijado la Corte observados por la ley tales como "que tengan un fundamento legal, pero además que dicha facultad del legislador no pueda contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada y por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política". En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación" (Sentencia T- 686, 2014)

No obstante, desde sus inicios la CC en la sentencia C-514 de 1994 (Sentencia C-514, 1994), ha tenido una misma postura estableciendo que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: "(i) de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, (ii) de otro, referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades".

Respecto a la segunda característica, es decir la confianza juega un papel importante frente al papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional que conlleva en si muchas responsabilidades por ser considerado asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de reserva, en donde se toman decisiones de total trascendencia para el ente estatal. (Sentencia C -814, 2014)

No obstante, los cargos de libre nombramiento y remoción tienen un manejo diferente a los de carrera administrativa, pues según la CC sería ilógico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones producto de la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues de acuerdo a la sentencia C-540 de 1998 (Sentencia C-540, 1998), lo que se indemniza en el caso de los empleados públicos de carrera es el derecho a la estabilidad, connatural a su ejercicio, y del que carecen quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

[84] En el segundo capítulo se encuentran las sentencias de creación del precedente que trata el tema de los empleados de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, la doctrina laboral establece que la indemnización por despido sin justa causa es consecuencia de la tasación de perjuicios y no la estabilidad referida en la citada jurisprudencia. Así mismo, se considera que la confianza no es una razón suficientemente sólida para que este grupo de trabajadores no se les reconozca ningún valor por este concepto, más aun, teniendo en cuenta que queda a total discrecionalidad del nominador proceder a la desvinculación del funcionario sin importar que el mismo haya cumplido con las obligaciones propias del cargo a cabalidad.

Por lo anterior, se considera que tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional podrían adoptar una posición más garantista, cuya finalidad sea la protección y aplicación de los postulados del Estado social de derecho, en vez de entrar a justificar políticas neoliberales y de flexibilización laboral, pese a las excepciones que se puedan establecer a la regla general de carrera administrativa.

3.3.1.4. "La defensa de la CC para que los trabajadores no fueran despedidos al cumplir 10 años de servicios"

La CC en varias oportunidades ha resuelto demandas de constitucionalidad frente a los artículos 6° de la Ley 50 de 1990 y 28 de la Ley 789 de 2002, al eliminar la posibilidad de que el juez laboral ordene en la actualidad, en ciertos eventos, el reintegro del trabajador que ha sido despedido sin justa causa; desconociendo la protección del derecho al trabajo y algunos de los principios mínimos fundamentales que lo componen, como la estabilidad y la no regresividad de los derechos sociales.

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 115 de septiembre 26 de 1991, fue la primera que se pronunció señalando que "el legislador logró que trabajadores antiguos no fuesen despedidos antes de los 10 años por el temor patronal a esta acción en el futuro, lo cual no merece reparo constitucional, a pesar de que el artículo 53 de la nueva Constitución haya comprendido dentro de los principios que han de inspirar la legislación laboral que ésta consagre el de la 'estabilidad en el empleo', pues no se trata de una estabilidad absoluta e ilimitada que solamente terminaría con la muerte, sino de una protección razonable y prudente que conduzca a la preservación de la vocación de permanencia que tiene la relación laboral, dentro de unas condiciones económicas y de mercado concretas y prácticas, así como a lograr la indemnidad del trabajador; no puede considerarse que la acción de reintegro sea el único medio de lograr estas metas y que ella se eleva entonces a la categoría de exigencia constitucional". (Sentencia 115, 1991)

Posteriormente las sentencias C-569 de 1993, (Sentencia C-569, 1993) y sentencia C 533 de 2012, (Sentencia C-533, 2012) acogieron el mismo criterio, defendiendo la estabilidad relativa impropia para los trabajadores del sector privado, destacando la postura en defensa de la indemnización tarifada de perjuicios por el despido sin justa causa con derecho a aumentar el monto de la misma en caso de que se prueben mayores perjuicios.

Por último, es importante destacar que la CC en sentencia C-1507 de 2000 (Sentencia C-1507, 2000) no hizo referencia alguna que permitiera dilucidar como podría operar el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho en la situación concreta de la figura de la condición resolutoria tácita que podría invocarse para

reclamar el cumplimiento de la obligación, esto es el reintegro del trabajador despedido en forma injustificada.

3.3.1.5. Las meras expectativas que justifican la regresividad.

La CC en sentencia C-038 de 2004 (Sentencia C-038, 2004), declaró exequible el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, frente a la presunta vulneración de los artículos 1°, 2°, 13 y 58 de la C.P, al disminuir el porcentaje de la indemnización por despido sin justa causa.

En esta sentencia la CC presenta toda una justificación acerca de la progresividad y no regresividad de los derechos sociales, destacando la teoría de las meras expectivas frente a los derechos adquiridos. Es así que a ojos de la CC, si el derecho ya ha entrado al patrimonio del trabajador solo puede aplicarse la progresividad reconociendo prestaciones mayores y superiores en esos campos, hasta llevar a una cobertura universal. Sin embargo, señala la CC también que la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho". Es decir que en este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, 'sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues esto daría lugar incluso a la petrificación del derecho (Sentencia C-038, 2004)

Por lo anterior, resulta problemático la disminución de la protección de los derechos de los trabajadores, en la medida en que pueda afectar el principio de progresividad, sin que ello implique que regulaciones más estrictas devenga, per se, en un retroceso frente a esas garantías. Es decir que en asuntos laborales, la facultad de configuración del legislador "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"[85].

Sin embargo, la justificación de la CC frente a la disminución de derechos laborales recae en el argumento de la no petrificación del derecho y en la posibilidad de regular dicha materia, en tanto "el legislador dentro de su potestad configurativa no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado", es decir, si no se trata de un derecho adquirido el legislador puede disminuir las garantías laborales, como en el caso de la sentencia C - 727 de 2009, (Sentencia C-727, 2009) la cual introdujo modificaciones regresivas en materia de pensiones justificando la potestad configurativa del legislador con el fin de darle supuesta prioridad a otros intereses que "permiten el adecuado cumplimiento de los fines del Estado social de derecho".

[85] Sentencia C-038 de 2004, ya referida.

3.3.1.6. La terminación unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador.

En Colombia existe un modelo general de estabilidad relativa impropia, ello significa que la protección contra el despido, no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador, pues si bien se sanciona el incumplimiento contractual con derecho al pago de la indemnización, no procede el reintegro.

Es así como el empleador en los casos de trabajadores oficiales, trabajadores del sector privado y empleados de libre nombramiento y remoción[86], tiene discrecionalidad para terminar el vínculo por su propia voluntad. Sin embargo, para el caso de los dos primeros, en virtud de la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado los mismos tienen derecho al pago de una indemnización[87]. Mientras que en el caso del tercero, ni siquiera tienen derecho a ningún pago en virtud del vínculo que feneció.

Ahora bien, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha avalado la posición en que es permitido al empleador la terminación de los contratos de trabajo sin justa causa con derecho a la indemnización, salvo en los casos de empleados en cargos de libre nombramiento y remoción.

No obstante, se considera que para la defensa de los derechos sociales laborales y más específicamente el del principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo, La CC debería hacer extensiva la interpretación que se ha dado para los empleados de carrera administrativa, para que así el despido solo se limite a la existencia de una justa causa o, en todo caso, de una circunstancia ajena a la voluntad del empleador y en este último caso que si proceda el pago de una indemnización concordante con el perjuicio causado.

Por lo anterior, es claro que lo que se debe corregir frente a este punto son las normas que regulan lo concerniente a la la terminación unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador y en consecuencia el grado de protección intermedia que la CC ha dado frente al tema en particular, pues a pesar de que la indemnización atenúa los efectos de un despido, ello no es óbice para que el empleado que está cumpliendo con sus obligaciones pueda ser apartado del cargo por el empleador en cualquier tiempo.

3.4. ¿Qué debemos reproducir?

"Los derechos sociales no envejecen, se van desarrollando".

Tony Judt.

[86] Decreto 1950 de 1973, artículo 107 y artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

[87] Prueba de lo anterior es el Decreto 2127 de 1945 Art.51que regula lo concerniente a contratos de trabajo del sector oficial y el Art. 64 del C.S.T. que regula la terminación unilateral del contrato sin justa causa y consecuente pago de la indemnización para los trabajadores del sector privado.

Para llegar a construir un mejor Estado, es necesario reproducir los postulados esenciales del Estado social de derecho que fueron explicados de manera muy general en el primer capítulo de la presente investigación, entre los cuales se encuentra la dignidad humana, igualdad material, libertad, control estatal con límites, soberanía popular, realce de la colectividad y comportamiento social justo del individuo frente al Estado. Así mismo, también se deben seguir desarrollando y reproduciendo, los principios constitucionales a los que ha hecho alusión la CC en pro de la defensa de este modelo de Estado.

Sin embargo, pareciera que dentro del engranaje del Estado Colombiano y en la sociedad actual dichos postulados se olvidaran en ocasiones, pese a ser indispensables en la Constitución de 1991. Es por ello que se debe recordar que cualquier entidad Estatal, empresa del sector privado, e incluso cualquier persona del común tiene la obligación de multiplicar día tras día dichos principios, es decir si una persona jurídica del sector privado vincula un trabajador a su planta de personal, debe garantizarle los postulados esenciales enunciados como por ejemplo el derecho a la dignidad humana el cual es asimilable a una remuneración justa o la igualdad material que se traduce en no discriminación. Así mismo y en reciprocidad el trabajador debe asumir un comportamiento social justo frente a su empleador.

Así las cosas, si cada día nos esforzamos por construir un mejor Estado que sea materialmente respetuoso de los principios constitucionales que son la base del Estado social de derecho, dicho comportamiento será una consigna multiplicadora que se esparcirá por todos los rincones del Estado Colombiano.

Otro de los aspectos que es necesario reproducir es sin duda la progresividad[88] en materia de derechos sociales laborales de los trabajadores, pues este desde que inicia su vínculo laboral ya tiene unos principios y derechos sociales mínimos a los cuales no puede renunciar. No obstante, a medida que vaya pasando el tiempo estos derechos se deben ir multiplicando y desarrollando, para que un día alcanzancen así su más alto grado de protección.

Por ejemplo, en materia de estabilidad laboral un trabajador del sector privado es despedido sin justa causa por su empleador, lo que en la actualidad es aceptado constitucional y legalmente. Sin embargo, luego de la evolución de estos derechos mínimos el principio de estabilidad va a llegar a su más alto nivel[89], es decir únicamente se podrá despedir al trabajador ya sea por una justa causa imputable al trabajador o por una causal alterna al mismo, pero no por el simple arbitrio o voluntad del patrono.

[88] El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encamina a que el Estado reconozca prestaciones mayores y superiores en esos campos, hasta llevar a una cobertura universal. En tal sentido, la Corte ha puntualizado que una vez alcanzado un nivel de satisfacción y salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales, está vedado al legislador, no obstante su margen de configuración, retroceder en las conquistas alcanzadas en tales ámbitos, salvo imperiosas razones. (Sentencia C -533 de 2012).

[89] Lo que no se puede confundir con inamovilidad.

3.5. ¿Cómo lo solucionamos?

"Los problemas son oportunidades para demostrar lo que se sabe".

Duke Ellington

3.5.1. Una alternativa jurídica que permite una mayor protección de la estabilidad laboral desde la perspectiva de los convenios internacionales.

En Colombia las sentencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional son el ejemplo más claro del poder que este Tribunal Constitucional ha adquirido en el transcurso de veintiséis años, cuya interpretación en materia de principios constitucionales se ha abierto tanto, que se han camuflado en el interior de sus decisiones, la implementación de políticas neoliberales flexibilizadoras disfrazadas por la justificación de objetivos altruistas que buscan en ultimas la implementación del modelo neoliberal.

Es por ello que, una vez analizado el precedente relativo al principio de estabilidad laboral, se debe concluir que la interpretación dada por la CC en pro de la defensa del Estado social de derecho y más específicamente del principio de estabilidad laboral es tan abierta que da la impresión que se justifica con todo tipo de principios, incluso principios económicos propios del mercado que están en contravía de la protección de los derechos sociales, lo que se advierte en una enorme desigualdad entre los diferentes grupos de empleados y trabajadores en Colombia.

Sin embargo, alcanzar un equilibrio entre la protección de los trabajadores ante el despido injustificado buscando maximizar los postulados del Estado social de derecho, junto con la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo en atención a la globalización mundial no es una tarea fácil, más cuando existe una balanza que oscila entre una mayor o menor protección del principio de estabilidad laboral frente al grupo de trabajadores en Colombia.

Es por ello que, realizadas dichas apreciaciones, se considera que las leyes laborales y la interpretación de la CC son insuficientes para garantizar una mayor protección del principio de estabilidad laboral, pues no solo basta que los magistrados actuales de la CC corrijan los errores cometidos de sus antecesores, promoviendo a futuro sentencias en donde se garantice y prevalezca la protección de los derechos sociales laborales, -esto con el fin de lograr un mayor progresismo judicial que permita extender el desarrollo de los derechos sociales a su máxima expresión- sino que a su vez se logre un mecanismo más eficaz que permita garantizar desde una óptica social una mayor protección del mismo.

Así mismo, se hace necesario recurrir a los tratados y convenios internacionales a efecto de buscar una alternativa que permita dar aplicación a los mismos en la normatividad y jurisprudencia interna de todas las Cortes, a efecto de lograr no solo la realización efectiva del derecho al trabajo, sino que se den alternativas que constituyan a su

protección, en virtud de lo señalado en la Convención Americana de Derechos Humanos[90] y en el protocolo de San Salvador.

Por lo anterior, se propone desde la óptica del modelo de Estado social de derecho darle aplicación del Convenio Num. 158 y la Recomendación Num. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, previa aprobación y ratificación del mismo por parte del Estado colombiano. Desde esta óptica, este tratado no solo obligaría a modificar las normas laborales y a reconstruir la jurisprudencia sobre el tema, sino que a su vez se considera un mecanismo idóneo que permite la progresión del principio y derecho fundamental de estabilidad laboral.

Sin embargo, es de aclarar que en Colombia actualmente existe un modelo general de estabilidad relativa impropia que consiste en que el empleador privado u oficial puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa o en ausencia de esta, pagando una indemnización al trabajador, salvo situaciones de estabilidad reforzada. (Sentencia 154672015, 2015). Sin embargo, como se estudió en el capítulo segundo de la presente investigación, en casos como el de los empleados públicos existe un grado mayor de protección frente al principio de estabilidad laboral (terminación por justa causa), razón por la cual se considera conveniente que se extiendan dichas reglas generales frente a otro tipo de trabajadores y empleados, pues al fin y al cabo la garantía del principio de estabilidad laboral de acuerdo a los parámetros constitucionales es para todos y adicional a ello todas las formas de vinculación del trabajador y empleado se hace a través de un proceso de selección (méritos), razón por la cual el Estado Colombiano podría tomar una posición más garantista.

Es por ello que adoptar el Convenio Num. 158 y la Recomendación Num. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, previa aprobación y ratificación del mismo por parte del Estado colombiano implicaría:

> **Artículo 4 Convenio Num. 158:** ***No se pondrá término a la relación de trabajo de un empleado a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio***. (Subrayado y negrita fuera del texto)

De la norma transcrita se desprende que es necesario concentrarnos en dos puntos: 1) Preferencia por el contrato a término indefinido 2) la restricción a la terminación unilateral del contrato de trabajo por voluntad del nominador o empleador, puntos estos que se explican a continuación:

[90] La Convención Americana de Derechos Humanos incluye la búsqueda de alternativas que permitan condiciones de dignidad humana exentas de temor y miseria, con el fin de que los Estados garanticen condiciones para que los ciudadanos gocen de sus derechos económicos, sociales y culturales y a su vez den aplicación al artículo 26 referente al desarrollo progresivo, con el fin de lograr una mayor efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, por vía legislativa u otros medios aprobados.

3.5.1.1. La preferencia por el contrato a término indefinido.

El artículo del Convenio transcrito establece que no se pondrá término a la relación de trabajo a un empleado a menos de que exista una causa justificada. Ello quiere decir que desde el momento inicial en que se hace la contratación, el empleador o nominador debe señalar el tiempo que se requiere para realizar la labor y los motivos que se desprenden para su limitación. Si no existe una justificación de facto que permita justificar el término del contrato, este debe entenderse a todas luces como indefinido.

Es de aclarar que de acuerdo al precedente jurisprudencial que aborda el tema del contrato a término fijo, la CC actualmente tiene una postura clara la cual establece que mientras subsistan las causas y la materia que dieron origen al contrato y el trabajador haya cumplido sus obligaciones a cabalidad, este tiene derecho a la renovación. Sin embargo, la CC ha sido clara en establecer que ello no significa que el contrato se vuelva indefinido.

No obstante, a pesar de que esta posición es intermedia y ofrece una garantía acorde con el principio de estabilidad en el empleo, una vez el Estado Colombiano ratifique el Convenio Num 168, la Corte Constitucional debe acoger la postura expuesta en el salvamento de voto de la (Sentencia C-016, 1998), presentado por los magistrados José Gregorio Hernández, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, la cual señala que “dada la naturaleza de la labor contratada, si se llegare a establecer que un contrato a término fijo disfraza en realidad una relación laboral que no exige lapso determinado, debe hacerse caso omiso de lo pactado y tener tal contrato por celebrado a término indefinido, con todas las consecuencias salariales y prestacionales correspondientes”. Pues como diría Guillermo Cabanellas, la estabilidad laboral debe coincidir con la duración real del trabajo y no con la voluntad de las partes, (Cabanellas, 1964)

Cabe aclarar que en la actualidad, si el trabajador no presenta ninguna debilidad manifiesta, es decir no es sujeto de protección constitucional, no es procedente la acción de tutela[91], por consiguiente si se le termina el vínculo laboral por expiración del plazo fijo pactado, no tiene otra que recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral en donde se tiene una interpretación menos favorable, pues para la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral es completamente viable la terminación del contrato por expiración del plazo fijo pactado

[91] De acuerdo a la sentencia SU-250 de 1998, La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

cuando el empleador ha avisado la no prórroga del contrato con 30 días o más de anticipación, por ello no es necesario demostrar que no subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, pues para esta Corporación el precedente de la Corte Constitucional es simplemente una doctrina constitucional interpretativa. (Sentencia Rad 19.343, 2003), por lo cual al ratificarse el Convenio señalado, la Corte Suprema de Justicia no tendría de otra que aceptarlo y por ende cambiar su jurisprudencia.

3.5.1.2. La restricción a la terminación unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador.

De acuerdo a lo que señala el Convenio Núm. 158, dicho artículo no se limita a obligar a los empleadores a explicar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del principio fundamental de la justificación no se despida a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad, la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa[92]. Lo anterior implicaría maximizar el derecho a la estabilidad laboral, es decir de una estabilidad relativa impropia a una estabilidad absoluta, lo que no generaría la perpetuidad de la relación laboral sino una mayor protección de este principio mínimo fundamental del trabajo.

Ello quiere decir que la aplicación del convenio referido y conforme al artículo 2 del mismo, se ampliaría la protección del principio de estabilidad laboral a otros grupos de trabajadores y empleados que en la actualidad no tienen la misma protección, como es el caso de los trabajadores oficiales y del sector privado e incluso los empleados de libre nombramiento y remoción, los cuales pueden ser despedidos en cualquier tiempo por discrecionalidad del empleador, pues en la actualidad lo máximo que recibirá sería una indemnización tarifada de perjuicios, pero no el derecho a permanecer en el empleo.

Sin embargo, es de aclarar que el convenio propuesto permite diferentes formas de flexibilización, a efecto de que se puede excluir a una o varias categorías de personas empleadas tales como:(a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;(b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; (c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

[92] Es tan especifico el convenio N 158 de la OIT, que el mismo describe que las causas relacionadas con la capacidad del trabajador: *a)* carencia de las competencias o cualidades necesarias para desempeñar ciertas tareas, lo que redunda en un desempeño insatisfactorio; y *b)* desempeño laboral insuficiente no por causa de una falta cometida deliberadamente, así como diversos grados de incapacidad para hacer el trabajo a raíz de una enfermedad o lesión.

Las Causas relacionadas con la conducta del trabajador: Las «faltas» pueden pertenecer a dos categorías: *a)* la primera suele referirse a la mala ejecución de las tareas para cuya realización se empleó al trabajador, lo que comprende, por ejemplo, la negligencia en el trabajo, la violación del reglamento de la empresa o la desobediencia de órdenes legítimas; y *b)* la segunda abarca diversas formas de comportamiento reprensible tales como indisciplina, violencia, agresión, injurias, la perturbación de la tranquilidad del lugar de trabajo, etc. Y los motivos que guardan relación con las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio: Conferencia se indicó que estos motivos eran en general «de índole económica, tecnológica, estructural o similar. Las terminaciones por estas razones pueden ser individuales o colectivas e involucrar una reducción de personal o el cierre de la empresa»

3.5.1.3. Formas de aplicación del Convenio Núm. 158 de la OIT y otras bondades.

Para lograr la forma de aplicación del Convenio se podría realizar ya sea a través de su incorporación directa, el cambio de la legislación nacional o a través del cambio de interpretación de sentencias judiciales de constitucionalidad.

Así mismo, se pueden resumir otras bondades de la aplicación de este convenio a continuación:

- Relación de motivos que no constituye una causa justificada.
- Debido proceso y derecho a la defensa y contradicción previas a la terminación del vínculo.
- Recursos judiciales contra la terminación.
- Diferentes tipos de sanciones en caso de comprobarse por autoridad competente que no existió justificación para proceder a la terminación del vínculo.(depende del país, reintegro o indemnización)
- Derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.
- Distintas formas de flexibilidad con el fin de alcanzar un equilibrio entre la protección de los trabajadores ante el despido injustificado y la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo.
    - Cierto grado de flexibilidad frente al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el convenio ya sea por la legislación nacional, contratos colectivos, laudos arbitrales, sentencias judiciales, o cualquier otra forma de acuerdo a la práctica judicial.
    - Flexibilidad en cuanto a las fórmulas de aplicación del instrumento.
- Diferentes formas de control que permitan evitar las formas de elusión de las obligaciones propias del convenio.
- Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho, salvo que sea por falta grave a:
    - A una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores;

- Prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones;

- A una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

- Formas de terminación por motivos económicos, tecnológicos, estructurales y análogos con normas flexibilizadoras en el caso de que sea un número limitado de trabajadores.

Por las anteriores razones se considera que el convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo es una alternativa válida para la progresión de los derechos sociales laborales acordes con los postulados garantistas del Estado social de derecho. Así mismo, dicho documento internacional es una forma de contrarrestar los efectos del neoliberalismo, la globalización y las fuerzas del mercado en virtud de la presión que ejerce sobre el Estado las multinacionales y transnacionales.

3.5.2. Otras alternativas para la protección del principio de estabilidad laboral

Dentro del desarrollo del capítulo se han dado algunas ideas de lo que puede ayudar a garantizar en los próximos años una mayor protección frente al principio de estabilidad en el empleo, que permita contrarrestar las políticas neoliberales y entre estas la flexibilización laboral y así darle total eficacia normativa a los preceptos constitucionales a los cuales se les reconoce una fuerza vinculante que se antepone, cuando se trata de proteger los derechos de las fuerzas del mercado, de las facultades del empleador, sea este público o privado, al principio de la autonomía de la libertad y a la libertad de contratación empresarial. (Colegio de Abogados del Trabajo , 2013)

Sin embargo, realizado el estudio que antecede, no es suficiente el grado de protección intermedia que ofrece la Corte Constitucional en virtud del precedente jurisprudencial estudiado en materia de estabilidad en el empleo de los diferentes grupos de empleados en Colombia.

Es por ello que a continuación se expondrán otras estrategias diferentes a la aplicación del Convenio N 158 para lograr una mayor efectividad en la defensa de los derechos sociales laborales y más específicamente para garantizar el principio de estabilidad laboral, tomando como base las respuestas dadas a las preguntas iniciales de este capítulo.

La primera estrategia corresponde a la respuesta de lo que no debemos olvidar del pasado, es decir la lucha propia de los movimientos sociales a los que hoy les debemos la adquisición de nuestros derechos. Así mismo, se pudo determinar que los movimientos sindicales a partir del año 1900 fueron de vital importancia para la progresión de los derechos sociales laborales pues estos fueron contundentes. Sin embargo, con el

transcurrir de las décadas dichos movimientos fueron perdiendo fuerza y credibilidad hasta llegar al punto en que a hoy nos encontramos con reformas laborales o tributarias lesivas para el trabajador, que contrarían abiertamente los postulados constitucionales y sociales.

Por lo anterior, es necesaria la creación de nuevos movimientos sociales a favor de la lucha por los derechos de los trabajadores, creando una fuerza que permita no llegar a las altas esferas de los poderes del Estado a efecto de que las demandas realizadas sean escuchadas y se pueda así modificar los proyectos legislativos que sean nocivos para los trabajadores y por consiguiente constituyan una regresión en materia de derechos sociales.

Otra de las estrategias es dar aplicación permanente a los tratados y convenios internaciones suscritos por Colombia en materia de derechos sociales que hoy hacen parte del bloque de constitucional de acuerdo a lo contemplado en el Art. 53 de la C.N. Para ello, no solo la CC en la motivación de sus sentencias debe referirlos sino que al momento de hacer proyectos legislativos o al tomar decisiones dentro de la rama ejecutiva se deben estudiar los mismos, a efectos de entender las implicaciones de los tratados y su obligatoria implementación. Un claro ejemplo es la protección de la mujer embarazada, en donde las ramas del poder público en virtud de un estudio juicioso de los tratados y convenios internacionales han avalado la extensión de la licencia de maternidad a 18 semanas.

Así mismo, otro aspecto de trascendental importancia para la progresión de derechos sociales laborales y sobre el tema de estabilidad laboral es el referente a la construcción de bases sólidas de un precedente jurisprudencial que propenda a garantizar dicho principio como es el caso de la estabilidad laboral reforzada en personas con especial protección constitucional, la extensión de la estabilidad laboral para la pareja de la mujer embarazada, precedente sobre la estabilidad laboral en la carrera administrativa o la exigencia de la motivación de los actos de desvinculación de un funcionario con un cargo de provisionalidad.

Sin embargo, la CC se debe centrar en extender los derechos de otros grupos de empleados que en la actualidad no tienen la misma protección, como es el caso de los trabajadores oficiales y del sector privado los cuales pueden ser despedidos en cualquier tiempo por discrecionalidad del empleador, sin importar que el trabajador haya cumplido con todas sus obligaciones en el transcurso de la relación laboral y pueda probarlo, pues en la actualidad lo máximo que recibirá será una indemnización tarifada de perjuicios, pero no el derecho a permanecer en el empleo, por lo cual es necesario que dicho precedente sea revisado por el Alto Tribunal Constitucional y así se refuerce la protección en materia de estabilidad en el empleo, lo que a futuro se traducirá únicamente en justas causas o causas objetivas para poder despedir a un empleado.

Así mismo, maximizar el derecho a la estabilidad laboral implicaría que se cambiara el concepto de estabilidad relativa impropia por el de estabilidad absoluta, ello no implicaría la perpetuidad de la relación laboral sino la ineficacia del despido y que se garantizará la reincorporación activa al trabajador a través de la acción de reintegro que a hoy aplica solamente para los trabajadores aforados.

Sin embargo, somos conscientes de que para garantizar los derechos sociales y más específicamente los derechos de los trabajadores debemos establecer estrategias

estatales adecuadas que permitan obtener nuevos fondos para financiar la satisfacción de estos derechos y por el contrario que no tengamos que recurrir a la reducción de costos laborales para que se puedan garantizar algunos otros de índole económico.

También es importante tener en cuenta que la presión por la implementación de las políticas neoliberales y las fuerzas del mercado en un mundo globalizado aumentan, pues nada mejor para las multinacionales que obtener mano de obra a muy bajo precio a cambio de promesas incumplidas de prosperidad económica y mejorar la tasa de desempleo. Por lo anterior, se acoge una de las ideas de (Saffon, 2010), con el fin de contrarrestar un poco la presión del mercado internacional a través de la participación de los ciudadanos a movimientos sociales internacionales que busquen contrarrestar las políticas flexibilizadoras en el mundo.

No obstante, si el Estado persiste en mantener políticas de flexibilización laboral se considera que la reducción de los derechos sociales laborales no puede volver a ser una opción, por lo cual se recomienda que se reafirmen las políticas estatales de protección social, a través de medidas que garanticen un mayor ingreso, mediante el pago de subsidios o prestaciones de desempleo durante períodos más extensos y así mismo, que se combinen con acompañamiento y capacitación del trabajador a fin de garantizar su pronta reinserción en el mercado laboral. (Blancas, 2012)

3.6. Entonces ¿Qué nos depara el futuro?

Tenemos dos caminos, seguir deambulando entre las garantías idílicas del Estado social de derecho, pero justificando por debajo de cuerda la disminución de nuestros derechos sociales con promesas económicas que nunca se van a cumplir o hacer del Estado social de derecho una realidad armonizada con el mercado.

Si se escoge el primer camino, el futuro será turbio, pues hay que recordar que el neoliberalismo pretende hacer funcionar la disociación que existe entre lo económico y lo social, dando prelación a lo primero. Por consiguiente no hay cabida a principios como el de dignidad o igualdad y por ello el Estado al seguir imponiendo reglas neoliberales, disminuirá los derechos sociales sobre todo para el grupo de trabajadores y entonces no abra servido de nada los muchos años de lucha de nuestros antecesores ni tampoco el progresismo judicial progresista que ha desarrollado la CC en los últimos años.

Ahora bien, si se escoge el segundo camino, entonces tenemos que esforzarnos para que cada persona que hace parte del Estado social de derecho sea en consecuencia multiplicadora de los principios constitucionales característicos de este modelo de Estado. Así mismo, se podrán en práctica todas las estrategias enunciadas en el acápite anterior con el fin de que se maximice el principio de estabilidad laboral hasta llegar a alcanzar el estándar de la tan anhelada estabilidad absoluta.

Así mismo, si la vía es hacia el segundo camino, el manejo político de la economía no tendrá otro remedio que armonizarse con una política social justa, respetuosa con los derechos de los trabajadores, promotora de una eficiente política de empleo, que beneficie tanto a los trabajadores independientes, a los desempleados, como aquellos que se encuentran vinculados por una relación laboral contractual o cualquier vínculo

estatal, pues ya es posible según se desprende de distintos documentos de la OIT, armonizar el funcionamiento de la economía con la garantía de los derechos sociales.

Por último, se recuerda que si a partir del siglo XIX se logró librar la batalla por la protección al trabajo que finalmente fue ganada, no se ve como con la llegada del siglo XXI, cuando los principios y valores morales y los derechos humanos han evolucionado y también globalizado hasta su máxima expresión, se deba pensar que la economía deba transitar por senda separada a la de la protección del trabajo a través del derecho que lo regula. (Herazo, 2010)

4. Conclusiones

La presente investigación tenía como objetivo principal determinar qué grado de protección ofrece el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho social y principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo (Art. 53 CN) en fallos de mujeres embarazadas (estabilidad laboral reforzada) de empleados y trabajadores del sector público y privado que no presentan ninguna protección constitucional especial (estabilidad impropia), pues con ello se buscaba analizar si la Corte Constitucional defendía efectivamente el derecho social de estabilidad en el empleo o si, de otra forma, lo que intentaba era justificar políticas neoliberales frente a dicho principio mínimo fundamental.

En razón a lo anterior, a través de los tres capítulos que anteceden se pudo establecer lo siguiente:

- Que la estabilidad laboral tiene una doble connotación, pues además de ser un derecho social, también es considerada un principio mínimo fundamental del trabajo.

- Se comprobó como la protección de la estabilidad laboral ha ido disminuyendo de forma consecuente con las reformas laborales flexibilizadoras en virtud de políticas en donde prevalece la voluntad de las partes respecto a la duración del contrato y adicional a ello se han disminuido notablemente los montos frente a la indemnización por despido sin justa causa.

- También se pudo determinar como la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental frente a la protección de la estabilidad laboral respecto a ciertos grupos de trabajadores, es decir personas que presentan una protección constitucional especial (debilidad manifiesta) tales como mujeres embarazadas, discapacitados, trabajadores sindicalizados, beneficiados del retén social, entre otros.

- Respecto a la mujer embarazada se estableció que todas las modalidades contractuales o reglamentarias tienen protección de estabilidad en el empleo.

- Que existe un alto grado de protección cuando la trabajadora embarazada informa su estado de gravidez al empleador y dependiendo si subsisten o no las causas que dieron origen al vínculo contractual o reglamentario, procederá la ineficacia del despido y por consiguiente el reintegro. Lo que obedece a una interpretación consecuente con el Estado Social de Derecho en defensa de los derechos sociales, en donde claramente la mujer embarazada tiene un papel preferente constitucionalmente y por ello el principio de estabilidad laboral reforzada en este tipo de casos es absoluto.

- Que entre los años 2007 a 2013 prevaleció una posición más garantista a la actual, en donde la mujer embarazada tenía derecho a la estabilidad absoluta sin importar si el empleador conocía o no el estado de gravidez.

- Que la protección es intermedia cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora embarazada, pues según el precedente no existe discriminación por lo cual se le garantizan a la mujer en estado de gestación ciertas prerrogativas en virtud del principio de solidaridad como el pago de la cotización por parte del empleador al sistema de seguridad social. Sin embargo, esto a toda luz tiene una tendencia a favorecer a los empresarios disminuyendo no solo el grado de protección[93], sino dejando a la trabajadora y al bebe que está por nacer en un alto grado de vulnerabilidad, pues durante los meses de embarazo esta no podrá conseguir un nuevo trabajo y por ende no recibirá ningún ingreso que permita su manutención y la manutención de su hijo, hasta que tenga derecho a la licencia de maternidad.

- Que la Corte Constitucional en virtud de la (Sentencia C -005, 2017) extendió el derecho de estabilidad hacia su pareja, lo que constituye un gran avance en materia de derechos sociales, pues con ello se evidencia la importancia de la protección a los derechos del niño garantizando su futura manutención.

- Que para la CC la estabilidad de los empleados de carrera no es concebida como una inamovilidad absoluta ya que, si se presentan una de las causales señaladas en el artículo 125 de la C.P. su retiro no sólo es legítimo, sino necesario para alcanzar los fines del Estado bajo los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, entre otros, pues se han perdido los méritos y las calidades morales que justifican su permanencia en el cargo.

- Las causales de desvinculación del cargo de acuerdo a lo contemplado en el Art. 125 son i) calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; ii) violación del régimen disciplinario y iii) por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.

- Que frente a los empleados públicos la administración está obligada siempre a motivar el acto de desvinculación, dando a conocer con claridad alguna de las razones que se encuentran comprendidas en la Constitución y la Ley con el fin de que la declaración de insubsistencia no se constituya como un acto ilegal.

- Que la estabilidad de los empleados públicos es mayor a cualquier otro tipo de funcionario del sector oficial y por ello es catalogada por la misma Corte como una estabilidad laboral impropia, pues se busca proteger al funcionario de carrera de un despido injusto.

- Que en caso de supresión de cargos, el empleado público puede optar por incorporarse, reincorporarse a un nuevo cargo o por recibir la indemnización que de acuerdo al planteamiento de la CC permite resarcir los perjuicios derivados de la desvinculación.

[93] Hoy únicamente se le reconoce el pago de seguridad social

- Que el precedente jurisprudencial que se refiere a estabilidad en el empleo de funcionarios públicos presenta una protección intermedia de acuerdo a la clasificación planteada al inicio del capítulo, pues la posición de la CC frente a estas sentencias impone límites para que se produzca la desvinculación del funcionario tales como la del Art. 125 para proceder a su retiro. Así mismo, en algunos casos como el de la supresión de cargos por parte de la administración la Corte no se opone al pago de una indemnización de perjuicios al funcionario.

- Así mismo, La CC ha mantenido una posición uniforme frente al tema de estabilidad relativa del funcionario en provisionalidad la cual consiste en el deber de la administración de motivar los actos administrativos para la desvinculación del funcionario. Así mismo, la CC ha establecido que la motivación de la desvinculación debe atender a motivos tales como i) una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio.

- Los efectos jurídicos de la no motivación del acto por parte de la administración da lugar al reintegro y al pago de salarios y prestaciones sin que dicha indemnización sea inferior a 6 meses y mayor a 24 meses.

- Por lo anterior, la CC ha mantenido un grado de protección intermedia proteccionista frente al empleado público en provisionalidad, toda vez que está a través de sus sentencias limita la posibilidad de la desvinculación del funcionario, en este caso exigiendo como ya se ha dicho de manera reiterada la motivación del acto administrativo lo que en términos generales constituiría una justa causa aduciendo a los motivos de protección del interés público, por lo cual este tipo de empleados goza de una estabilidad intermedia menor a la del empleado público, pues si bien, la persona nombrada en provisionalidad tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la misma estabilidad del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, pues no ha superado el concurso de méritos.

- Ahora bien, de acuerdo al precedente de la Corte Constitucional en materia de estabilidad de los empleados de libre nombramiento y remoción, existe una postura lineal que establece que los mismos pueden ser desvinculados en cualquier tiempo sin necesidad de que exista un acto administrativo motivado, teniendo en cuenta que este tipo de cargos se crean por discrecionalidad del nominador y para funciones específicas de manejo y confianza.

- Por lo anterior, en estas circunstancias es claro que este tipo de vínculo no cuenta con protección legal ni jurisprudencial que permita garantizar el principio de estabilidad laboral, pese a que los argumentos de la Corte en este aspecto resultan ser contradictorios con el modelo de Estado social de derecho[94], toda vez que en (Sentencia SU -917, 2010), la misma CC señala que la motivación de los actos administrativos implica la sujeción de los poderes públicos al principio de

[94] En un verdadero modelo de Estado social se hace énfasis en el respeto por el derecho de los trabajadores, a no ser desvinculados sino por motivos realmente vinculados con el interés público y de interés general.

legalidad y proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. No obstante, sin importar ello el tribunal constitucional ha defendido su postura de “inestabilidad” permitiendo que exista arbitrariedad por parte de la administración para proceder a la desvinculación de este tipo de funcionarios sin ninguna garantía de protección del empleo e indemnización por los perjuicios causados, postura esta que resulta ser constitutiva de flexibilidad laboral y por ende propia de un modelo neoliberal.

- Así las cosas, por los anteriores argumentos es claro que el precedente jurisprudencial respecto a la estabilidad laboral de los trabajadores que ostentan un cargo de libre nombramiento y remoción tienen un bajo grado de protección, pues la Corte en dicho precedente no impone límite alguno al despido y defiende el concepto de estabilidad precaria, en donde el trabajador puede ser despedido con un alto grado de discrecionalidad por parte del empleador y sin derecho al pago de ningún tipo de indemnización.

- Así mismo, la CC ha protegido el principio de estabilidad laboral en providencias que tratan sobre la duración de los contratos de trabajadores oficiales, defendiendo una postura de libertad contractual para que las partes decidan el término por el cual se va a realizar la contratación, sin necesidad de que deban hacer una liquidación periódica cada seis meses como lo establecía el artículo 2 de la Ley 64 de 1946.

- A su vez, la CC avala el postulado de garantía al derecho al debido proceso frente a sanciones disciplinarias que en últimas pueden dar lugar al despido, pues el trabajador debe tener la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen, con el fin de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, sin el pago de una indemnización.

- Sin embargo, la posición presentada por la CC, sobre despidos colectivos de trabajadores oficiales es sin duda una posición que se enmarca dentro del esquema de flexibilidad, la cual es contraria al modelo de Estado social de derecho que busca garantizar la igualdad material y atender los postulados de justicia social teniendo en cuenta principios constitucionales como el de favorabilidad, estableciendo así menores garantías que incluso para los trabajadores del sector privado.

- Así las cosas, la CC dentro de su jurisprudencia constitucional tiene un grado de protección intermedia frente al grupo de trabajadores oficiales, pues aquí se defiende el concepto de estabilidad relativa impropia (ya sea con justa o sin justa causa) y por consiguiente se obliga al pago de la indemnización tarifada de perjuicios.

- Sin embargo, frente a la interpretación de la (Sentencia T-748, 2005) la CC presento un grado bajo de protección teniendo en cuenta que frente a los despidos colectivos de los trabajadores oficiales se debería requerir autorización del ministerio como lo establece el C.S.T. Sin embargo, pese a ello la CC acogió

la postura de la CSJ sala laboral en el sentido dicha condición no se aplica frente a entidades del orden nacional, en virtud de la ley 489 de 1998.

- Así mismo, la CC tiene un grado de protección intermedia frente al principio de estabilidad laboral cuando se trata de despidos con justa y sin justa causa de trabajadores particulares que no presenten ninguna debilidad manifiesta, pues si bien la interpretación le da la oportunidad de reclamar una indemnización de perjuicios por un monto mayor, lo cierto es que no le permite al trabajador que demande el cumplimiento de la obligación del contrato y por consiguiente la reanudación del vínculo roto injusta e ilegalmente, como si se podría hacer en materia civil.

- Adicionalmente, la CC en este contexto justifica la indemnización, pero no se pregunta porque en otros casos como es el de los empleados públicos existe un grado de mayor protección frente al principio de estabilidad laboral y por qué no se permite aplicar las mismas reglas generales frente a este tipo de trabajadores, pues al fin y al cabo la garantía del principio de estabilidad laboral es para todos y en los dos casos la contratación se hace a través de un proceso de selección (méritos), razón por la cual la Corte podría tomar una posición más garantista.

- Ahora bien, el precedente respecto a la terminación de los contratos a término fijo ya no parte de la premisa del acuerdo de voluntades sino 1) Que subsistan las causas que dieron origen al trabajo 2) Que el trabajador haya cumplido sus obligaciones a cabalidad.

- Por consiguiente, el grado de protección en virtud del principio de estabilidad laboral en los contratos a término fijo resulta ser intermedio, toda vez que de acuerdo al precedente de la Corte, el empleado tiene derecho a la renovación de su contrato siempre y cuando subsistan las causas que dieron origen al mismo y que efectivamente este haya cumplido con sus obligaciones durante el transcurso de la relación laboral.

- Sin embargo, pese al precedente que antecede, si el trabajador no presenta ninguna debilidad manifiesta, es decir no es sujeto de protección constitucional, no es procedente la acción de tutela[95], por consiguiente si se le termina el vínculo laboral por expiración del plazo fijo pactado, no tiene otra que recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral en donde se tiene una interpretación menos favorable, pues para la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral es completamente viable la terminación del contrato por expiración del plazo fijo

[95] De acuerdo a la sentencia SU-250 de 1998, La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

pactado cuando el empleador ha avisado la no prórroga del contrato con 30 días o más de anticipación, por ello no es necesario demostrar que no subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, pues para esta Corporación el precedente de la Corte Constitucional es simplemente una doctrina constitucional interpretativa. (Sentencia Rad 19.343, 2003)

- Que existe una posición neoliberal de la Corte Constitucional respecto a reformas laborales que regulan relaciones de trabajadores del sector privado, los cuales han tenido que asumir las cargas de la doble moralidad en la administración del Estado. Con ellas, lamentablemente se evidencia el bajo grado de protección frente al principio de estabilidad laboral, sobre todo cuando se demanda la constitucionalidad de las normas laborales.

- Teniendo en cuenta todas las conclusiones anteriores se desvirtúa la hipótesis inicialmente planteada toda vez que no siempre las sentencias de estabilidad laboral tienen un grado de protección intermedio, pues para la CC este depende de dos aspectos i) de la calidad del sujeto, es decir que el mismo presente una condición especial protegida constitucionalmente como es el caso de la mujer embarazada ii) del tipo de vinculación del funcionario.

- Dentro del primer aspecto en donde se encuentran las mujeres embarazadas se comprobó que no siempre estas tienen un grado alto de protección, pues las mismas pueden ser despedidas en algunos casos cuando el empleador desconoce el estado de gestación de la trabajadora, mientras que frente al segundo aspecto, referente al tipo de vinculación de los empleados y trabajadores del sector público y privado, se concluye que los mismos tienen en su mayoría un grado de protección intermedia, que es más garantista en los casos de los funcionarios de carrera administrativa que respecto a los trabajadores del sector público y privado.

- Así mismo, se comprobó que los empleados de libre nombramiento y remoción tienen el grado de protección más bajo por la discrecionalidad de la administración y porque a su vez no se les paga ningún valor por concepto de indemnización.

- Se comprobó que la CC en sus sentencias sobre el tema de estabilidad laboral frecuentemente hace alusión a principios constitucionales propios del Estado social de derecho, lo cual ha permitido que los mismos dentro de la interpretación jurisprudencial se vayan desarrollando. Sin embargo, también se encontró justificaciones flagrantes de políticas neoliberales que son contradictorias a los principios esenciales que conforman el Estado social de derecho.

- También se corroboró que en virtud de los precedentes neoliberales enunciados en la jurisprudencia de la CC, en algunas ocasiones este alto Tribunal Constitucional viola derechos sociales.

- Así mismo, en atención a las características propias del Convenio N 158 de la OIT, la incorporación y ratificación del mismo podría llegar a ser una buena alternativa a implementar con el fin de que se maximice el principio fundamental de estabilidad laboral. Así mismo, este convenio establece algunas garantías flexibilizadoras a efecto de que los empleadores no se vean tan afectados en la implementación del mismo.

- Adicional a la propuesta del implementación del Convenio para el Estado Colombiano, se sugiere volver a la efervescencia de los movimientos sociales e internacionales en pro de defender el principio de estabilidad laboral de ataques de orden neoliberal.

Por último, se pretende que todos escojamos el mejor camino y esperemos que este sea el camino de los derechos sociales y por consiguiente el de la estabilidad laboral.

Bibliografía

Sentencia 115, 2304 (Corte Suprema de Justicia Sala Plena veintiseis de septiembre de 1991).

Sentencia C-479 (Corte Constitucional Trece de Agosto de 1992).

Sentencia T- 446 (Corte Constitucional Julio de Ocho de 1992).

Sentencia T 533 (Corte Constitucional veintidos de abril de 1992).

Sentencia T-547 (Corte Constitucional Catorce de Julio de 1992).

Sentencia C-569 (Corte Constitucional Nueve de Diciembre de 1993).

Sentencia C-023 (Corte Constitucional veintisiete de enero de 1994).

Sentencia C-023 (Corte Constitucional Veintisiete de Enero de 1994).

Sentencia C-195 (Corte Constitucional Veintiuno de Abril de 1994).

Sentencia C-356 (Corte Constitucional Once de Agosto de 1994).

Sentencia C-514 (Corte Constitucional Dieciseis de Noviembre de 1994).

Sentencia T-550 (Corte Constitucional dos de Diciembre de 1994).

Sentencia C-483 (Corte Constitucional Treinta de Octubre de 1995).

Sentencia C-566 (Corte Constitucional Treinta de Noviembre de 1995).

Sentencia C-588 (Corte Constitucional Siete de Diciembre de 1995).

Sentencia T-095 (Corte Constitucional Dos de Marzo de 1995).

Sentencia C- 594 (Corte Constitucional 1997 de Noviembre de 1997).

Sentencia C-048 (Corte Constitucional Seis de Febrero de 1997).

Sentencia C-470 (Corte Constitucional Veinticinco de Septiembre de 1997).

Sentencia SU-470 (Corte Constitucional Veinticinco de Septiembre de 1997).

Sentencia C - 540 (Corte Constitucional Primero de Octubre de 1998).

Sentencia C-003 (Corte Constitucional 1998 de Enero de 1998).

Sentencia C-016 (Corte Constitucional Cuatro de Febrero de 1998).

Sentencia C-299 (Corte Constitucional Diecisiete de Junio de 1998).

Sentencia C-540 (Corte Constitucional Primero de Octubre de 1998).

Sentencia C-540 (Corte Constitucional Primero de Octubre de 1998).

Sentencia SU-250 (Corte Constitucional Veintiseis de Mayo de 1998).

Sentencia SU-250 (Corte Constitucional Veintiseis de Mayo de 1998).

Sentencia SU-747 (Corte Constitucional Dos de Diciembre de 1998).

Sentencia T-373 (Corte Constitucional Veintidos de Julio de 1998).

Sentencia T-800 (Corte Constitucional Catorce de Diciembre de 1998).

Sentencia C-055 (Corte Constitucional Tres de Febrero de 1999).

Sentencia T-1002 (Corte Constitucional Nueve de Diciembre de 1999).

Sentencia C- 1507 (Corte Constitucional Ocho de Noviembre de 2000).

Sentencia C- 563 (Corte Constitucional Diecisiete de Mayo de 2000).

Sentencia C-531 (Corte Constitucional Diez de Mayo de 2000).

Sentencia C-734 (Veintiuno de Junio de 2000).

Sentencia SU-998 (Corte Constitucional dos de Agosto de 2000).

Sentencia T-374 (Corte Constitucional Veinticuatro de Marzo de 2000).

Sentencia T-546 (Corte Constitucional Quince de Mayo de 2000).

Sentencia T-546 (Corte Constitucional Quince de Mayo de 2000).

Sentencia C -1064 (Corte Constitucional diez de octubre de 2001).

Sentencia C-954 (Corte Constitucional Seis de Septiembre de 2001).

Sentencia 881 (Corte Constitucional Octubre de Diecisiete de 2002).

Sentencia C-1076 (Corte Constitucional Catorce de Mayo de 2002).

Sentencia C-391 (Corte Constitucional Catorce de Enero de 2002).

Sentencia 19108 (Corte Suprema de Justicia Treinta de Enero de 2003).

Sentencia C -034 (Corte Constitucional Veintiocho de Enero de 2003).

Sentencia C-034 (Corte Constitucional Veintiocho de Enero de 2003).

Sentencia C-781 (Corte Constitucional Diez de Septiembre de 2003).

Sentencia Rad 19.343 (Sala de Casaciòn Laboral Corte Suprema de Justicia Siete de Febrero de 2003).

Sentencia C-038 (Corte Constitucional Veintisiete de Enero de 2004).

Sentencia C-044 (Corte Constitucional 27 de Enero de 2004).

Sentencia C 401 (Corte Constitucional Catorce de Abril de 2005).

Sentencia C-501 (Corte Constitucional Diecisiete de Mayo de 2005).

Sentencia T-222 (Corte Constitucional Diez de Marzo de 2005).

Sentencia T-748 (Corte Constitucional Catorce de Junio de 2005).

Sentencia T 198 (Corte Constituciona Dieciseis de Marzo de 2006).

Sentencia T- 285 (Corte Constitucional Once de Mayo de 2006).

Sentencia C-315 (Corte Constitucional Tres de Mayo de 2007).

Sentencia T -412 (Corte Constitucional Veinticuatro de Mayo de 2007).

Sentencia T-132 (Corte Constitucional Veintidos de Febrero de 2007).

Sentencia C -750 (Corte Constitucional Veinticuatro de Julio de 2008).

Sentencia C-692 (Corte Constitucional Nueve de Julio de 2008).

Sentencia T-095 (Corte Constitucional Siete de Febrero de 2008).

Sentencia C-588 (Corte Constitucional Veintisiete de Agosto de 2009).

Sentencia C-727 (Corte Constitucional Veinticuatro de Octubre de 2009).

Sentencia C-727 (Corte Constitucional Catorce de Octubre de 2009).

Sentencia C-795 (Corte Constitucional Nueve de Noviembre de 2009).

Sentencia C-804 (Corte Constitucional Once de Noviembre de 2009).

Sentencia T-262 (Corte Constitucional Tres de Abril de 2009).

Sentencia C-071 (Corte Constitucional Diez de Febrero de 2010).

Sentencia SU -917 (Corte Constitucional Dieciseis de Noviembre de 2010).

Sentencia SU-917 (Corte Constitucional Dieciseis de Noviembre de 2010).

Sentencia T-187 (Corte Constitucional Diez de Mayo de 2010).

Sentencia- T 002 (Corte Constitucional Once de Enero de 2011).

Sentencia T 211 (Corte Constitucional Veintiocho de Marzo de 2011).

Sentencia T-173 (Corte Constitucional Catorce de Marzo de 2011).

Sentencia T-204 (Corte Constitucional Veinticuatro de Marzo de 2011).

Sentencia T-289 (Corte Constitucional Catorce de Abril de 2011).

Sentencia T-711 (Corte Constitucional Veintidos de septiembre de 2011).

Sentencia C-533 (Corte Constitucional Once de Julio de 2012).

Sentencia C-533 (Corte Constitucional Once de Julio de 2012).

Sentencia C-533 (Corte Constitucional Once de Julio de 2012).

Sentencia T-271 (Corte Constitucional Treinta de Marzo de 2012).

Sentencia SU-070 (Corte Constitucional Trece de Febrero de 2013).

Sentencia C -814 (Corte Constitucional Cinco de Noviembre de 2014).

Sentencia C-288 (Corte Constitucional Veinte de Mayo de 2014).

Sentencia C-593 (Corte Constucional Veinte de Agosto de 2014).

Sentencia C-931 (Corte Constitucional Tres de Diciembre de 2014).

Sentencia SU-556 (Corte Constitucional Veinticuatro de Julio de 2014).

Sentencia SU-874 (Corte Constitucional Trece de Noviembre de 2014).

Sentencia T -445 (Corte Constitucional Cuatro de Julio de 2014).

Sentencia T- 686 (Corte Constitucional Once de Septiembre de 2014).

Sentencia T-221 (Corte Constitucional Primero de Abril de 2014).

Sentencia T-276 (Corte Constitucional Seis de Mayo de 2014).

Sentencia T-445 (Corte Constitucional Cuatro de Julio de 2014).

Sentencia T-824 (Corte Constitucional Cinco de Noviembre de 2014).

Sentencia 154672015, 47601 (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Catorce de Octubre de 2015).

Sentencia SU-054 (Corte Constitucional Doce de Febrero de 2015).

Sentencia T - 513 (Corte Constitucional Once de Agosto de 2015).

Sentencia T-345 (Corte Constitucional Quince de Junio de 2015).

Sentencia T-693 (Corte Constitucional Once de Noviembre de 2015).

Sentencia C -005 (Corte Constitucional Dieciocho de Enero de 2017).

Ahumada, J. E. (2010). *Los trabajadores sencibles a los riesgos laborales.* Madrid: Marial Pons.

Amnistía Internacional. (2005). *Derechos humanos para la dignidad humana: Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales.* Madrid: Amnistía Internacional.

Andersen, G. E. (1993). *Los tres mundos del Estado de Bienestar.* Valencia: Alfons el Magnanim.

Andorno, R. (2006). La dignidad humana como fundamento de la bioetica y de los derechos humanos en la Declaracion Universal. En H. G. Gomez, *La Declaracion Universal sobre Bioetica y Derechos Humanos* (págs. 253-270). Granada: UNESCO.

Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de Derecho Publico N 12. Junio.*, 185-212.

Arango, R. (2009). Los Derechos Sociales en Iberoamerica: Estado de la cuestion y perspectivas del futuro. *Derechos Humanos y Democracia*, 1-23.

Arias, J. G. (2011). *El conflicto laboral colombiano .* Bogota: Universidad la Gran Colombia.

Atria, F. (2004). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones: Derechos Sociales Num. 4*, 15-59.

Àvila, J. T. (2012). *El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana: Los derechos sociales y el mínimo vital.* Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Bedin, A. (2001). *Los derechos humanos y neoliberalismo.* Bogotà: Magisterio.

Blancas, C. (2012). Flexibilidad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Revista PUCP Vol.68*, 383-402.

Boaventura de Sousa, S. (2001). *Derecho y democracia: la reforma global de la justicia .* Bogotà: El caleidoscopio de las justicias en Colombia.

Caballero, A. M. (1997). Homenaje al maestro Dario Echandia. *Hermeneutica juridica*, 80-120.

Cabanellas, G. (1964). *Contrato de Trabajo Parte General.* Buenos Aires: Editores - Libreros.

Camargo, E. L. (2014). La flexibilidad laboral de la ley 789 de 2002 frente a los fines del Estado Social y Democratico de Derecho en Colombia. *Principia Juris N 21*, 151-167.

Carvajal, A. (1999). Globalización Económica y Relaciones de Trabajo en América Latina. En C. d. CES, *Globalización, apertura economica y relaciones industriales en América Latina.* Bogotá: Colección CES.

Carvalho, L. (2000). Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial en America Latina. *El otro Derecho*, 10-17.

Colegio de Abogados del Trabajo . (2013). *Compendio Teòrico Pràctico de derecho del trabajo.* Bogotà: Legis.

Colegio de Abogados del Trabajo. (2013). Terminaciòn del contrato. En A. N. Garcia, & E. B. Villegas, *Compendio Teòrico Pràctico de derecho del trabajo* (págs. 211-265). Bogotà: Legis.

Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodologìa de la investigacion juridica.* Madrid: Trotta.

Cueva, M. d. (1965). *Sintesis del Derecho al Trabajo.* Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.

Dacosta, A. F. (2001). *Incidencia de la modulacion de las sentencias de constitucionalidad en el derecho laboral colombiano a diez anos del nuevo marco constitucional.* Bogota: Universidad del Rosario.

Estrada, J. (2004). *Contrucciòn del modelo neoliberal en Colombia.* Bogotà: Ediciones Aurora.

Estrada, J. (2010). *Derechos del Capital. Dispositivos de protecciòn e incentivos a la acumulaciòn en Colombia.* Bogotà: Universidad Nacional de Colombia.

Ezcurra, A. m. (2000). ¿Que es el neoliberalismo? En J. R. Melèndez, *En la encrucijada del neoliberalismo* (págs. 195-298). Madrid: IEPALA.

Forsthoff, E. (1986). *Problemas Constitucionales del Estado Social y concepto esencial del Estado social del derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garavito, C. R., & Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad en el mercado? En R. Uprimny, C. R. Garavito, & M. G. Villegas, *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 109-146). Bogotá: Norma.

Garcia, T. R. (2013). Los derechos sociales laborales en Mexico y su exigibilidad. *Justitia (Enero-Diciembre)*, 247-272.

Gomez, N. P., & Peralta, G. R. (2008). El proyecto de ley organica de estabilidad en el trabajo a la luz del derecho al trabajo contemporaneo. avance o retroceso? *Gaceta Laboral Univewrsidad de Zulia Vol.14 N 3*, 426-445.

Gonzales, M. J., & Sanchez, D. F. (2010). *Efectos de la Reforma Laboral Ley 789 de 2002 en el mercado de los jovenes en Bogotà.* Bogotà: Universidad de la Salle.

Gonzalez, J. (2002). El desempleo y la flexibilizaciòn del mercado laboral. *Revista Javeriana Vol. 15*, 32-41.

Guataqui, J. C., & Garcia, A. F. (2009). *Efectos de la Reforma Laboral: ¿Mas empleo y menos trabajo?* Bogotà: Universidad el Rosario.

Guevara, R. (2014). Reflexiones critico interpretativas en torno a la tercera vìa de Anthony Giddens como alternativa sl conflicto entre el neoliberalismo y el Estado de Bienestar. *Nuenva Vida Vol.10*, 33-50.

Guzman, A. (2011). *Tensiones en la estrategia de tranformaciòn institucional del Banco Interamericano de Desarrollo en America Latina: entre el mercado y la gobernabilidad democratica.* Bogotá: Estudio Socio- Juridico.

Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo.* Madrid: Ediciones Akal.

Herazo, E. R. (2010). *La dificil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia.* Bogotá: Doctrina y Ley.

Hierro, A. C. (1996). *El derecho laboral y la seguridad social en la Constituciòn Polìtica de Colombia .* Medellìn: Biblioteca Juridica Dike.

Hincapié, N. E. (2009). *Derechos economicos sociales y culturales.* Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

humanrights. (2008). *Unidos por los derechos humanos*. Recuperado el 16 de 06 de 2016, de http://www.humanrights.com

Iranzo, C., & Leite, M. P. (2000). *Teorias sociales y estudios del trabajo. Nuevos enfoques, genero, proceso de trabajo y flexibilizacion laboral en America Latina.* Mexico D.F.: Universidad Autonoma Metropolitana.

Isaza, G. (2011). *Derecho Laboral Aplicado.* Bogotà: Leyer.

Jassir, I. D. (2010). Presente y Futuro del derecho al trabajo: Breve historia juridica del derecho al trabajo en Colombia. *Opiniòn Juridica, Vol 9, N 18* , 57-74.

Jassir, I. D. (2010). *Principios contitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano.* Bogota: Universidad del Rosario.

Jimenez, E. M. (2003). Resultados de las reformas del consenso de Washigton en los paises andinos:estabilizacion incompleta, profundizacion de los desequilibrios sociales y crecimiento precario. *Economia y Derecho Vol.2 Marzo.*, 20-35.

Judt, T. (2010). *Algo esta mal.* Madrid: Taurus.

Kant, I. (1999). *Fundamentaciòn de la metafisica de las costumbres.* Barcelona: Ariel.

Karl, M., & Engels, F. (1848). *El manifiesto comunista.* Santo Domingo: Maxtor.

Larios, J. (2013). Flexibilidad Laboral: Eufemismo a una politica de regresiòn. *Justicia Vol.23*, 137-156.

Lenis, J. F. (2003). La Reforma Laboral no garantiza la generaciòn de empleo:prevalece el simplismo. *Semestre Econòmico Vol 6. Num 11*, 1-28.

Leon, F. (2000). *Mujer y trabajo en las reformas estructurales latinoamericanas durante la decada 1980-1990.* Santiago de Chile: CEPAL.

Locke, J. (1976). *Ensayo sobre el gobierno civil Tomo II.* Oxford.

Martinez, A. I. (2004). Apertura economica en Colombia y el sector externo. *Apuntes del CENES UPTC Vol XXVI Num. 41*.

Martinez, A. I. (2006). Apertura Economica en Colombia y el Sector Externo. *Red de Revistas Cientificas de America Latina y el Caribe, España y Portugal*, 15-40.

Menèndez, J. R. (2000). *En la encrucijada del neoliberalismo.* Madrid: IEPALA.

Merton, R. (2002). La divisiòn del trabajo social de Durkheim. *Revista Española de Investigaciones Sociòlogicas num.99 Julio-Septiembre*, 201-209.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2000). *Convenios Internacionales del Trabajo Ratificados por Colombia.* Bogotá: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Mora, D. A. (2014). *Las formas juridicas posneoliberales desde Colombia:El sistema de salud en las dinamicas lucro-destructivas del derecho util al capital.* Bogotà: Universidad del Rosario.

Morales, L. (2012). *Derechos Sociales Legitimos.* Barcelona.

Morales, L. (2012). *Derechos Sociales Legitimos.* Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

Naim, M. (2000). Washington Consesus or Washington Confusion. *Foreing Policy*, 87-103.

Navarro, M. F. (2001). Economia y Genero. *Serie mujer y desarrollo N 37*.

Niño, E. A. (2009). Contrahegemonias ètnicas en el neoliberalismo. *Ciencia polìtica N 8 Julio-Diciembre*, 70-81.

Nugent, R. (1997). La seguridad social: su historia y sus fuentes. En R. Nugent, *Estudio de derecho del trabajo y la seguridad social* (págs. 603-622). San Martin de Porras: Universidad San Martin de Porras.

Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH . (2009). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El desafio de la ciudadanía social.* Bogotá: Vicepresidencia de la República.

Oscar Mejia Quintana. (2002). La Constituciòn de 1991 como proyecto inacabado. *El otro derecho*, 147-166.

Ostau, F. R. (2011). *Estudio historico del derecho laboral colombiano.* Bogotà D.C.: Universidad Libre.

Peck, J., & Tickell, A. (2004). Neoliberalizing Space. En N. Brenner Neil y Theodore, *Spaces of Neoliberalism* (págs. 33-57). Londres: Blackwell.

Perez, L. R. (2012). La libertad en parte del pensamiento filosofico constitucional. *Cuestion Constitucional N 27 Diciembre*, 1-9.

Pinto, L. R. (2011). El control constitucional en Colombia: Sobre el inhibismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acciòn pùblica. *Vniversitas* , 169-212.

Rojas, A. (2003). Fuero de maternidad. *Revista de derecho*, 126-141.

Rueda, D. F., & Caceres, J. S. (2012). El TLC y sus impactos en los riesgos laborales. *Colombia Energia*, 1-3.

Ruiz, M. L., & Martinez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Sader, E. (2008). *¿Que es el neoliberalismo?* Buenos Aires: CLACSO.

Saffon, M. P. (2010). Los tribunales constitucionales pueden ser poderes contrahegemonicos frente al neoliberalismo? En C. G. Daniel Bonilla Maldonado, *Derecho. Democracia y Economia de Mercado* (págs. 77-110). Bogota: Uniandes.

Silva, M. (1998). *Flujos y Reflujos.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Silva, M. (1998). *Flujos y Reflujos.* Bogotà: Universidad Nacional de Colombia.

Trueba, A. (1941). *Nuevo derecho del trabajo.* Mexico: Porrua S.A.

Trujillo, A. G. (2004). El Tratado de Libre Comercio TLC visto desde una perspectiva de genero. *Papel Politico Vol 12, N 2*, 511-533.

Universidad Externado de Colombia. (2011). *Proteccion del Derecho al Trabajo: Jurisprudencia Constitucional.* Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (1997). Homenaje al maestro Dario Echandia. *En Revista Hermeneutica Juridica*, 90-120.

Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administracion de justicia en Colombia. En B. d. Santos, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia Tomo I* (págs. 261-317). Bogota: Siglo del hombre.

Uprimny, R., & Rodriguez, C. (2003). *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? el neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en America Latina, en la falencia neoliberal. Criticas y Alternativas.* Bogotà: Universidad Nacional de Colombia.

Vergara, J. R., Sanchez, G. G., & Jassir, I. D. (2009). El reintegro y la crisis economica mundial. En J. R. Herrera, *El derecho del trabajo y la seguridad social* (pág. 245). Bogota: Universidad el Rosario.

Villar, L. (2000). *Despues del neoliberalismo.* Bogotà: Sociedad Economica Amigos del Paìs.

Villar, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista de Derecho del Estado (20)*, 74-76.

Williamson, J. (1990). What Washington Means by Policy Reform. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, 7-20.

Younes, D. (2014). *Derecho Constitucional Colombiano.* Bogotà: Legis.

Zarini, J. (1992). *Derecho Constitucional.* Buenos Aires: Astrea.

Sentencia 115, 2304 (Corte Suprema de Justicia Sala Plena veintiseis de septiembre de 1991).

Sentencia Rad 19.343 (Sala de Casaciòn Laboral Corte Suprema de Justicia Siete de Febrero de 2003).

Sentencia 154672015, 47601 (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Catorce de Octubre de 2015).

Constitución Política de Colombia de 1991.