



**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
ACTA DE SUSTENTACIÓN NO. 12**

En Cali, a los (11) días del mes de mayo del año 2018, en la oficina de la Dirección de los Postgrados en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron en calidad de evaluador, el profesor: **FERNEY MORENO** (los) estudiantes **YUDY ADRIANA HOLGUIN DIAZ** identificado (da) con C.C 1117487899 con el trabajo titulado: **"EFICACIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO EN COLOMBIA"**

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (hicieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego el evaluador interrogó ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito de grado.

FERNEY MORENO
Evaluador

YUDY ADRIANA HOLGUIN DIAZ
Examinado

VIVIANA MARCELA GONZÁLEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Constitucional



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia





NOTA DE ACEPTACIÓN

[Handwritten signature]

Evaluador Trabajo de Grado

[Handwritten signature]

Coordinadora de la Especialización



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia





LA SUSCRITA COORDINADORA DE LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

HACE CONSTAR

Que el (la) estudiante YUDY ADRIANA HOLGUIN DIAZ identificado (da) con cédula de ciudadanía No 1117487899 se encuentra a PAZ Y SALVO con NOTAS, TRABAJO DE GRADO Y SUSTENTACION DEL MISMO, exigidos por el Programa, para optar al título de ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

Para constancia de lo anterior se firma y sella a los (25), días del mes de mayo de 2018.

Atentamente,



VIVIANA MARCELA GONZALEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Constitucional



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia



**Eficacia Del Principio De Progresividad En El Derecho Del Trabajo En
El Sector Privado En Colombia.**

Efficacy of the Principle of Progressivity in Labor and Social Security Law of the Private Sector
in Colombia

Artículo académico para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional

presentado por:

Yudy Adriana Holguín Díaz

Cód. 1.117.487.899

Presentado al docente:

Ferney Moreno Viafara

Doctor en Derecho

Universidad Santiago de Cali

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Cali – 2018

Contenido

	Pág.
Resumen.....	3
Abstract	3
Palabras Clave	3
Key Words.....	3
Rule of progressivity, right to work,, Social State of Law, social and economic rights, political constitution of 1.991, internationals rules, constitutional jurisprudence, labor flexibilization.	3
Introducción	4
Metodología.....	6
Objetivos	7
1. Antecedentes del principio de progresividad en el derecho del trabajo.	7
El Bloque de Constitucionalidad como fundamento del principio de progresividad del derecho laboral.	9
2. El principio de progresividad en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho al trabajo.	11
Principales Reformas Laborales del sector privado en Colombia.....	11
Sentencias de la Corte Constitucional que desarrollan el principio de progresividad del derecho del trabajo.....	16
3. Eficacia del Principio de Progresividad en el Derecho del Trabajo en el Sector privado.	20
Conclusiones	23
Referencias Bibliográficas	24
Jurisprudencia	26

Resumen

En este artículo de investigación se estudia el principio de progresividad del derecho del trabajo en Colombia a partir de la concepción del Estado Social de Derecho, que amplía el catálogo de principios y derechos sociales y económicos. Se analiza desde la validez general de los principios visto desde las normas internacionales de los derechos humanos. Se analizarán las principales reformas laborales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional para establecer su eficacia en el marco de la flexibilización laboral del sector privado en el actual escenario neoliberal.

Abstract

In this research article the principle of progressivity of labor law in Colombia is studied, from the conception of the Social State of Law, which extends the catalog of principles, social and economic rights. It is

analyzed from the general validity of the principles, seen from the international norms of human rights. The main labor reforms are analyzed, as well as the jurisprudence of the Constitutional Court to establish efficiency in the framework of the labor flexibilization of the private sector in the current neoliberal scenario.

Palabras Clave

Principio de progresividad, derecho del trabajo, Estado Social de Derecho, derechos sociales y económicos, constitución política, normas internacionales, jurisprudencia constitucional, flexibilización laboral.

Key Words

Rule of progressivity, right to work, Social State of Law, social and economic rights, political constitution of 1991, international rules, constitutional jurisprudence, labor flexibilization.

Introducción

En Colombia con la Constitución de 1991, nace el Estado Social de Derecho y surgen con él, una nueva gama de derechos y principios de carácter económico social y cultural, que propenden por la protección de la persona humana, partiendo de los principios fundamentales como lo es, el principio de progresividad de los derechos sociales, especialmente en el derecho laboral, el cual es objeto de estudio del presente artículo. De igual manera, la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado por desarrollar una interpretación más clara acerca de los derechos fundamentales y principios lo cual sirve como fundamento al momento de su aplicación cuando se considera que hay una transgresión de los derechos laborales. Dicha protección se amplía en el marco de los convenios y tratados de derecho internacional que versen sobre derechos humanos, pues la constitución política, mediante el Bloque de Constitucionalidad, establece el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados y ratificados por Colombia, así como la prevalencia de estos en el orden jurídico interno.

Lo anterior deja ver la amplia protección jurídica de los derechos humanos de carácter económico y social, como lo es, del trabajo. No obstante, como consecuencia de los cambios que se han venido presentando en el ámbito de los sistemas de producción de la economía mundial y la necesidad continua de flexibilización de las relaciones laborales, esto ha implicado una regulación en el mercado laboral que se evidencia en la formas para contratar y despedir trabajadores, por parte de las empresas privadas, situación que genera duda sobre la eficacia del principio de progresividad en la regulación legal del derecho laboral, particularmente en Colombia, que al ser un Estado Social de Derecho, neoliberal que propende por la modernidad. Y que a partir del año 1990 viene enfrentando sucesivas reformas laborales, que lejos de propender

por la progresividad de los derechos laborales, contrario censu dichas reformas se han tornado regresivas.

Pues como consecuencia de la flexibilización laboral en la actualidad, las garantías laborales alcanzadas en el último siglo han venido desarticulándose, generando precarización de las condiciones laborales, inestabilidad laboral, por la carencia de contratos de trabajo a término indefinido, ingresos insuficientes, inseguridad laboral por ausencia de cobertura de la seguridad social y falta de libertad de organización para la defensa de los derechos laborales.

El principio de progresividad del derecho del trabajo no es otro que el principio que busca que las autoridades promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos de los trabajadores, sin aplicar actos regresivos que los afecten.

Mancilla (2015, p.3), lo considera;

Un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique.

Para hablar del principio de progresividad se debe partir de la base de la validez de los principios planteada por Robert Alexy (1993, p. 13) quien sustenta que

Los derechos fundamentales tienen el carácter de principio y los principios son mandatos de optimización, al ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes Alexy, (2003, p.13).

Esto permite tener una noción más clara al momento de poder aplicar el principio de progresividad, puesto que son diversas las posturas asumidas por los magistrados de la Corte Constitucional.

El presente artículo aborda el principio de progresividad del derecho del trabajo, partiendo desde la teoría de la progresividad, del desarrollo legislativo y jurisprudencial para finalmente determinar su eficacia, que es el objeto principal de esta investigación dada su importancia en el ordenamiento jurídico Colombiano, más aún, con la nueva concepción de la flexibilización de las relaciones laborales en el actual escenario neoliberal y globalizado que implica precarización laboral, afectando directamente los derechos alcanzados por los trabajadores.

Metodología

En este artículo de investigación se adopta el tipo de investigación básica, con fundamento en el paradigma cualitativo, y un nivel de conocimiento de tipo descriptivo; el cual consiste en realizar el análisis e interpretación de las diversas reformas legislativas en materia laboral, como también de la jurisprudencia de la corte constitucional en torno al principio de progresividad del derecho del trabajo, del sector privado en Colombia; lo cual permitirá comprender como se ha estructurado, el significado, su alcance y los obstáculos que reducen la eficacia en la aplicabilidad de este principio. El método de investigación usado en este artículo de investigación es el diseño no experimental, ya que, para analizar las reformas legislativas y las sentencias de la corte constitucional, no hay que manipular deliberadamente las variables de la norma y la jurisprudencia, sino que hay que estudiarlas e interpretarlas haciendo un análisis propio a través de la hermenéutica jurídica.

Objetivos

El objetivo general de este artículo de investigación es Estudiar La Eficacia del Principio de Progresividad del Derecho del Trabajo; para lograrlo, el estudio se efectuará desde tres aspectos 1. Enunciar los antecedentes que fundamentan el principio de Progresividad; 2. Analizar el desarrollo legislativo y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobre este principio; y 3. Establecer la eficacia del principio de progresividad.

1. Antecedentes del principio de progresividad en el derecho del trabajo.

El principal antecedente que fundamento el principio de progresividad es la Constitución Política de 1991, mediante la cual Colombia pasa de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, tal como lo establece su artículo 1°:

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 ello, busca la protección de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, sobre la base de la igualdad material la cual es determinante como principio fundamental en el cumplimiento de las políticas del Estado para garantizar a las personas el goce efectivo de sus derechos fundamentales, que, para el caso concreto de los derechos laborales, las decisiones deben ser progresivas y no regresivos.

En este sentido, el principio de progresividad con la Constitución política, adquiere gran importancia y fuerza en su aplicación especialmente en lo que ocupa el derecho laboral, ya que desde este momento no basta con que exista trabajo y unas normas laborales, sino que estos deben ser conforme a unos principios y derechos constitucionales coherentes con el Estado Social de Derecho, lo cual obliga al legislador a tener consideraciones especiales al momento de realizar modificaciones en la legislación laboral. Incluso, en diversas decisiones en materia pensional y de seguridad social, la Corte Constitucional, recurriendo al principio de progresividad se ha apartado de los mandatos legales y ha optado por aplicar regímenes anteriores más favorables, así estos hubiesen sido derogados. Asimismo, sustenta (Goyes e Hidalgo, 2013, p.10) que el acogimiento de este principio se surtió inicialmente por vía de la acción de tutela (T-1291 de 2005, T-221 de 2006) y le permitió afirmar.

La regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más estrecho el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad, y que posteriormente mediante control abstracto de constitucionalidad (C-248 de 2009) la Corte erradicó aquellas provisiones normativas consideradas regresivas, sosteniendo que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude existen otras alternativas de tipo administrativo que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas.

Es por ello que el principio de progresividad tiene como razón de ser, la mayor protección de los derechos sociales, toda vez que a su vez prohíbe la regresividad de los derechos ya consolidados, este principio surge de principios como lo es el principio de

Favorabilidad establecido en el artículo 21 del código sustantivo del trabajo, a la vez que es inseparable del principio Pro-homine, que sustenta los derechos fundamentales, estableciendo que en las interpretaciones jurídicas siempre hay que tener en cuenta el mayor beneficio para la persona humana. Por cuanto se encuentra que autores como Hernández Valle, dice;

el principio pro-homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma mas amplia, o a la interpretación mas extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. (2010, p.275).

Es importante traer a colación este criterio, ya que el derecho del trabajo esta provisto de derechos y principios fundamentales, el cual goza de la especial protección del Estado, para que pueda ejercerse en condiciones dignas y justas, de tal modo que la voluntad del legislador para modificar las normas laborales, no se exprese de manera regresiva afectando los derechos del trabajador ya consolidados.

El Bloque de Constitucionalidad como fundamento del principio de progresividad del derecho laboral.

El principio de progresividad encuentra sustento en el derecho internacional consagrado en el Bloque de constitucionalidad integrado por los artículos, 53, 93, 94 y 214 de la Constitución política, especialmente el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno

como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales”, y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el cual establece que

Cada uno de los Estados Parte, en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Los Estados Parte, cuales buscan promover, respetar y garantizar los derechos fundamentales conquistados por el trabajador y que las decisiones futuras tomadas por los gobernantes no los afecten de manera regresiva, sino que resulte ser beneficioso y favorable. Contemplando la obligación de los Estados parte, de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales.

En este orden de ideas,

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado, debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial más estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. (Corte Constitucional, 2008).

2. El principio de progresividad en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho al trabajo.

Principales Reformas Laborales del sector privado en Colombia

El Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social que regula las relaciones laborales en Colombia, data de 1950 y ha sufrido varias reformas que se han tornado regresivas frente a la protección de los derechos alcanzados por los trabajadores. Ello se explica en la realidad política y económica que se inició en Colombia en la década de 1990

Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la nueva coyuntura política de un mundo unipolar, el Consenso de Washington determinó el conjunto de políticas que los países tercermundistas debían adoptar para lograr el desarrollo en el marco del panorama mundial... realidad que marcó para Colombia la necesidad de adecuar las normas laborales a la situación socio económica, con el objeto de hacer viable la economía mundial. De esa manera el gobierno del presidente César Gaviria puso en marcha una serie de medidas conocidas como apertura económica, que debía armonizarse con reformas laborales que hicieran compatible el ordenamiento laboral con la nueva realidad económica (Jaramillo, 2010, p.8)

Asimismo, expone Jaramillo, que el gobierno formulo una serie de reformas con el fin de lograr la llamada flexibilización laboral, la cual consistía en la eliminación de garantías que se consideraban excesivas para el mercado colombiano y que terminaron sintetizándose en la ley 50 de 1990.

La reforma en la legislación laboral presentada con la ley 50 de 1990, se centró en los siguientes aspectos:

1. *Eliminación de la estabilidad laboral reforzada de trabajadores con más de 10 años de servicio.*

El código sustantivo de trabajo, que fue modificado por el decreto 2351 de 1965 específicamente por el artículo 8, regulaba que los trabajadores que tuvieran las de 10 años de servicio frente al despido injusto, tenían la posibilidad de que judicialmente logran el reintegro en las mismas condiciones de las que gozaban cuando estaba empleado¹.

La norma había sido creada con el fin de proteger a los trabajadores de los despidos sin justa causa y de despojarlos del derecho a la pensión, cuando era el empleador quien tenía a cargo esta prestación económica. Se consideró que la norma contemplaba garantías excesivas que de cierta forma afectaba el orden económico nacional, Motivación de la ley 50 de 1990:

Es indudable que una sana estabilidad en el empleo hace parte de las buenas condiciones de trabajo. Pero ella no se consolida con factores inmovilizantes del mercado laboral, que conduce a resultados contrarios a aquellos que teóricamente se desea alcanzar (...). Después de diez (10) años de servicio en una misma empresa, la estabilidad en el empleo se convierte en inmovilidad y está conduciendo, en la práctica, a unos efectos contrarios a los que la norma se propuso en su momento. En efecto, la acción de reintegro, así como la llamada pensión sanción, tuvieron justificación cuando las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador y podía presumirse interés

¹ El artículo 8 del decreto 2351 (República de Colombia, 1965) en lo pertinente establecía: “Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del 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 4. literal d) de este artículo”.

de éste en propiciar el despido, con el único fin de eludir la pensión. (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p. 222, 223).

En cuanto a la aplicabilidad del principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa se mantuvo la posibilidad de aplicar el decreto 2351 de 1965 para aquellos trabajadores que llevaran más de 10 años de servicio a la entrada en vigencia de la nueva ley, es decir, al 1 de enero de 1991.

2. Contratación a término fijo por periodos inferiores a un año.

El Decreto 2351 de 1965 restringió la posibilidad de suscribir contratos laborales inferiores a un año, por lo cual el empleador no tenía la plena libertad de pactar el termino de duración inferior a este tiempo. Pero con la nueva reforma que trajo la ley 50 de 1990, se creó esta posibilidad, con la única limitación de que solo podía ser prorrogado por tres periodos que no superen el año.

Esta modificación, que favorece a los empleadores, resulta ser regresiva para los trabajadores, pues no hay garantía de estabilidad laboral, ya que las empresas escudándose en este mandato contratan al trabajador por periodos cortos, posteriormente terminan en contrato, liquidan, y luego vuelven a contratarlo por otros periodos cortos.

3. Introducción de la figura del salario integral.

Con la nueva reforma que trajo la ley 50 de 1.990 se contempló la posibilidad de que un grupo de trabajadores recibieran en su salario las prestaciones sociales. Los motivos al

respecto es que propone que los empleadores y trabajadores puedan pactar un salario que no solo retribuya la labor ordinaria sino que compense el valor de las prestaciones, los recargos y beneficios tal como el trabajo nocturno, extraordinario o el dominical y festivo, el de primas legales y extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, y en general las que ellos acuerden, excluyendo las vacaciones. Se estima que este tipo de contratación se puede permitir en los casos en que el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p. 223).

Esta disposición, ha sido mal aplicada por los empleadores, pues usan el término de salario integral para evadir las obligaciones prestacionales, al contratar a trabajadores que ganan menos de los 10 salarios mínimos, con salario integral. Situación que ha presentado multiplicidad de demandas laborales.

4. Eliminación de la presunción de la relación laboral de la prestación personal del servicio cuando se suscriben contratos civiles o comerciales.

En virtud de la primacía de la realidad del contrato laboral, el trabajador tenía la posibilidad de que con solo la demostración de la prestación del servicio personal, se presumía la existencia de la remuneración y subordinación, y por lo tanto la existencia del contrato de trabajo.

Se consideró con la ley 50 eliminar dicha presunción, y dejó en cabeza del trabajador la carga de la prueba de los tres elementos. De acuerdo a los motivos expuestos por la Cámara de Comercio de Bogotá (1991).

La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que busca proteger al trabajador subordinado, ha degenerado en que contratos civiles o comerciales o aquellos realizados en ejercicio de profesiones liberales, se conviertan, a raíz de la presunción indiscriminada de la presunción, en contrato de trabajo, alejándose del principio general del derecho de que todo contrato debe ejecutarse de buena fe. (P.258)

Esta disposición más adelante en sentencia de la Corte Constitucional C - 665 de 1998 fue declarada inexecutable en el entendido que resultada violatoria del derecho a la igualdad de aquellos trabajadores que en realidad han prestado sus servicios bajo la continuada subordinación y dependencia del empleador.

5. Ley 789 del 2002

La reforma laboral presentada por la ley 789 de 2002, tuvo como finalidad flexibilizar las normas laborales de tal manera reducir en desempleo, y que la exposición de motivos que basó en que urgía la necesidad de dinamizar la vida laboral en aspectos que hoy la legislación no facilita y que dentro de márgenes razonables e inspiradas en la posibilidad de recuperar espacios para el empleo digno, hagan un poco más atractiva la posibilidad de generarlo e iniciar el camino restaurador de la economía. Como resultado de esta reforma se generó una nociva modificación de la jornada laboral, pues la jornada diurna laboral, paso de ser desde las 6:00 AM a las 6:00 PM, ser de las 6: 00 AM a las 10: 00 PM, reduciendo así el recargo nocturno y las horas extras nocturnas.

Las reformas enunciadas, evidencian la precarización de las condiciones laborales, y de la regresividad del derecho del trabajo como derecho económico y social, pues no se refleja la aplicación de principio de progresividad en las decisiones legislativas de carácter laboral.

Sentencias de la Corte Constitucional que desarrollan el principio de progresividad del derecho del trabajo.

En este punto, es importante considerar que el desarrollo que ha tenido el principio de progresividad del derecho del trabajo, ha sido a partir de los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, lo que ha permitido su aplicación, en casos que generan afectación de los derechos sociales, dicha aplicación se ha hecho en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 21 Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien la legislación laboral ha presentado múltiples reformas, es claro que a pesar que se ha realizado con el objetivo de estabilizar la economía del país, por el supuesto exceso de garantías laborales, y con ello disminuir el desempleo a nivel nacional, no se ha logrado cumplir con el objetivo, pues las personas tienen que acudir a instancias judiciales para reclamar sus acreencias laborales, debido al incumplimiento por parte de los empleadores que se da por los vacíos normativos.

En sentencia Sentencia C-228/11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, expone que:

El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de

conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

De igual forma, en la Sentencia C - 177/05. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, señala que:

El mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes, tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

En este sentido, la Sentencia C - 556/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Se amplía el concepto de protección del principio de progresividad en materia de seguridad social en pensiones y sustenta que;

El Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte... además prohíbe la regresividad.

A la vez que trae a colación que;

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 modificó el 46 de la Ley 100 de 1993, señalando los requisitos para la obtención de la pensión de sobrevivientes, y exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo, que contemplan una exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, que constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso.

En Sentencia C-428/09. M.P. Mauricio González Cuervo. Se establece la regresividad de la reforma normativa establecida por la **ley 860 de 2003**, que en su artículo 1° estipula los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente en términos de 50 semanas de cotización en los últimos tres años y un requisito de fidelidad al sistema que exige haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez. Con ello el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante, el requisito de fidelidad al sistema que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, y aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más gravoso el derecho a obtener la pensión de invalidez, y no habiendo población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización.

Igualmente, en Sentencia T-826/14. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Se establece que:

El principio de progresividad ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación, como una carga estatal de orden constitucional e internacional, en virtud de la cual el Estado debe propender por realizar reformas que permitan cada vez mayor inclusión y ampliación en los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, dicho principio no puede generar situaciones regresivas para los derechos y beneficios adquiridos en materia de seguridad social. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en varias oportunidades que la exigencia del “requisito de fidelidad” consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 (inexequible desde el 1° de julio de 2009), deviene en inadmisibles, pues se presenta como una exigencia que hace más gravoso y riguroso el acceso al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Del desarrollo jurisprudencial de la Honorable corte Constitucional, se afirma que el principio de progresividad es una carga impositiva al Estado Social de Derecho que exige ser materializada, en el sentido de que se permita la progresividad de los derechos laborales y de la seguridad social, como derechos económicos y sociales, que son garantes de la subsistencia digna y que se enfrentan a la realidad de un país en desarrollo dentro de un escenario económico globalizado.

3. Eficacia del Principio de Progresividad en el Derecho del Trabajo en el Sector privado.

El principio de progresividad del derecho laboral, en el escenario de un país en desarrollo como lo es Colombia, dentro de un comercio globalizado, si bien es cierto, tiene su fundamento en el Estado Social de Derecho, en los convenios y tratados de derecho internacional, así como un gran desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; Hay diversos obstáculos le impiden ser eficaz.

Un primer argumento que permite plantear este postulado es que en nuestra legislación se ha implementado la posibilidad de hacer regresión de los derechos con el fin de favorecer las necesidades de carácter general. Sosteniendo que;

El retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Corte Constitucional, 2011).

Un segundo argumento, es que Colombia al ser un Estado Social de Derecho, moderno y con un modelo neoliberal y con las consecuencias que ello trae, es demasiado idealista pensar que una vez los derechos han sido reconocidos, van a permanecer estáticos. Además, como refiere el Semillero de investigación de derecho procesal (2013, p. 5). El:

Constante movimiento de las instituciones económicas y sociales y el cambio de los tiempos hacen que se evidencien necesidades en las personas que discrepan de las ya reguladas y, por lo tanto, en muchas ocasiones es primordial un cambio legislativo.

La decisión de menoscabo de los derechos ya adquiridos no se debe realizar sin razonamiento o argumentación, ya que generaría inseguridad jurídica y vulneración del principio de legalidad, es por ello que la Corte constitucional ha implementado un test de regresividad con el fin de verificar la necesidad real de hacer regresión de los derechos. Este test en la ya mencionada sentencia C 228 – 2011 consiste en que

Cuando se constata la regresividad de un derecho a través de una reforma, se debe estudiar (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto institucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva,

hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste .

La decisión debe tener incidencia en la seguridad y el progreso de un derecho que favorezca la sociedad en general y se debe mostrar con resultados que esa medida regresiva lesiona un derecho para beneficiar otro de mayor incidencia en la sociedad.

Es preciso referenciar casos de despidos masivos, autorizados por el ministerio de trabajo como lo fue el de Icollantas, en el cual más de 1100 trabajadores, quedaron en incertidumbre laboral, por el cierre de la empresa, debido a pérdidas económicas (Central Unitaria de Trabajadores, 2013).

Por último, en línea con la sustentación, cabe sostener que los obstáculos sociales y económicos de un país en desarrollo como lo es Colombia, confluyen considerablemente en la falta de eficacia del principio de progresividad, situación aún más preocupante, dado que la protección de los derechos que han sido alcanzados por los trabajadores se han degradado y viven amenazados pues en la búsqueda del Estado, por equilibrar las condiciones económicas de la sociedad constituyen una amenaza continua para derechos ya alcanzados.

Conclusiones

El principio de progresividad del derecho del trabajo, es sin lugar una creación propia del Estado social de Derecho como garantía de protección de los derechos laborales ya adquiridos, pero que en la realidad social de Colombia no es eficaz debido a que la problemática social es un obstáculo que impide afianzar los derechos alcanzados.

Colombia al ser un país en desarrollo se enfrenta a diario a unos obstáculos tanto de carácter, social como económico que confluyen y llevan al legislador y a los jueces en sus providencias judiciales a ponderar principios de orden social y económico, como a ocurrido cuando confluyen el principio de sostenibilidad financiera y el de progresividad y se ha inaplicado el ultimo. Por lo que la problemática ocasionada por las necesidades sociales, son un evidente obstáculo al principio de progresividad.

Las continuas reformas legislativas en materia laboral y de seguridad social, evidencian la regresividad, que sacrifica los derechos laborales ya consolidados como garantías de subsistencia digna de derechos, dado que el legislador, ha reformado normas laborales desconociendo los principios y garantías constitucionales, hechas para proteger la vida digna y la prosperidad general de la sociedad, como principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, Robert. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales. Presentación de Francisco Rubio Llorente. Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, 2003. Pag.13
- Bermúdez Alarcón, K., Díaz Franco, R.M., Encinales Ayarza, J.S., Gómez Calderón, L.A, Sánchez Pacheco, F.E. (2012). Progresividad en asuntos de seguridad social y laboral: aproximación a la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia Primera Edición.
- Calvo, N.J. (2014). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Revista vis iuris no. 1, vol. 1 Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Derecho Seccional. Santa Marta.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (1991). La reforma laboral. Bogotá: Cámara de comercio de Bogotá
- Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) 1969 San José, Costa Rica. Convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José)
- Central Unitaria de Trabajadores (2013) despidos injustificados por cierre de Icollantas. Recuperado de <https://cut.org.co/despidos-injustificados-masivos-por-cierre-de-icollantas/>

Goyes Moreno, I., Hidalgo, M. (2013). Principios del derecho laboral y la seguridad social en Colombia. Recuperado de: <http://www.islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-Moreno.pdf>

Hernández Valle, R. (2010). El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica, vol. 1. Citado por León Bastos Carolina. La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. 1ª edición REUS S.A.

Jaramillo Jassir, I.D. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. Opinión Jurídica Vol. 9. Medellín, Colombia.

Mancilla Castro, R. G, (2015). El Principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 33. Julio. pág. 3.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pensión de invalidez. Tránsito normativo. Progresividad derechos sociales. Boletín jurídico,

2007. Recuperado de:

<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin0807/pension.htm>

Semillero de Investigación de Derecho Procesal, (2013). La regresión inefectiva de los derechos en Colombia mediante las sentencias de constitucionalidad. Facultad de derecho y Ciencias Sociales, UPTC.

Toledo Toribio, O., (2011). El Principio de progresividad y no regresividad en materia laboral.

Recuperado de:

http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf

Vázquez L. D, & Serrano S. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual de instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Página 31

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 507 de 2008 M. P.: JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Sentencia C- 177 de 2005 M. P.: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia C- 428 de 2009 M. P.: MAURICIO GONZALES CUERVO.

Sentencia C- 228 de 2011 M. P.: JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

Sentencia T- 826 de 2014 M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Sentencia C-556 de 2009 M. P.: NILSON PINILLA PINILLA