

LA EFICACIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
EL CASO DE LA LEY 789 DE 2002

VALENTINA COULSON OSORIO
LAURA RAMÍREZ CORREA

TRABAJO DE GRADO

ASESORA
YULIETH TERESA HILLÓN VEGA
DOCTORA EN DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	4
1. ALGUNAS CONCEPCIONES DE EFICACIA	10
1.1 ¿EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y VALIDEZ?	10
1.1.1. La Efectividad.	11
1.1.2. La Eficiencia.	12
1.1.3. La Validez.	12
1.2 ¿QUÉ ES EFICACIA?.....	15
1.3 ¿QUÉ SE PUEDE ENTENDER POR EFICACIA INSTRUMENTAL?	19
1.3.1. Condiciones socio-jurídicas propuestas por Ramón Soriano.....	21
1.3.2. Las condiciones técnicas propuestas por William M. Evan.....	27
1.4 ¿EN QUÉ CONSISTE LA EFICACIA SIMBÓLICA?	29
1.4.1. Eficacia Enunciativa.....	30
1.4.2. Eficacia Argumentativa.	32
1.4.3. Eficacia Substancial.....	34

2. LA EFICACIA DE LA REFORMA LABORAL (LEY 789 DE 2002)	36
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEY 789 DE 2002.....	38
2.2 OBJETIVOS QUE JUSTIFICARON LA REFORMA LABORAL DE 2002	40
2.3 ¿CUMPLE LA LEY 789 DE 2002 LAS CONDICIONES PARA OPTIMIZAR LAS POSIBILIDADES DE EFICACIA DE UNA NORMA?	43
2.4 LA EFICACIA INSTRUMENTAL DE LA LEY 789 DE 2002	46
2.5 LA EFICACIA SIMBÓLICA DE LA LEY 789 DE 2002	52
2.5.1. Eficacia Originada.....	53
2.5.2. Eficacia Performativa.....	60
3. CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFÍA.....	67
ANEXOS.....	72

INTRODUCCIÓN

¿Qué es derecho? Esta es una de las preguntas más difíciles y más estudiadas en la historia. Múltiples autores y filósofos de diferentes campos de estudio, incluido el del derecho en sí, han tratado de definir y establecer en qué consiste este elemento presente en todas las sociedades. El problema para llegar a una posible conclusión sobre esta cuestión tan fundamental radica, en parte, en que la misma pregunta “¿Qué es derecho?” es ambigua y vaga. Es por ello que este interrogante ha buscado ser respondido desde diferentes perspectivas. Para unos, como Kelsen, el tema se debe abordar desde la perspectiva de cómo está estructurado el derecho, para otros, como Marx, la definición se encuentra al preguntarse por sus funciones, es decir, para qué sirve el derecho y, finalmente, para algunos autores, como Santo Tomás, la pregunta se contesta con otra pregunta, ¿cómo debería ser el derecho? (Atienza, 1998 págs. 48 - 49).

Aunque los aspectos estructural y valorativo del derecho son de gran importancia en la tradición jurídica, no serán discutidos en este trabajo. Sin buscar agotar el tema, podemos decir que el estudio de la estructura del derecho pretende, en parte, establecer qué normas componen un ordenamiento jurídico, el carácter propio de dichas normas, cómo están relacionadas entre sí, su obligatoriedad, validez y coercibilidad, mientras que el estudio valorativo del derecho busca determinar cómo debería ser, es decir, debe el derecho ser justo, debe ser equitativo, etc., no pretende hacer una descripción de cómo es en la realidad el derecho. Sin embargo, estos análisis se alejan de la realidad a la cual éste se aplica, realidad que a la vez lo modifica, y no prestan mayores consideraciones sobre los cambios y efectos que éste puede generar en la sociedad. Es por ello que este trabajo prefiere centrarse en el aspecto funcional del derecho¹.

En cuanto a esa perspectiva funcional, es decir, estudiar para qué sirve el derecho, según Manuel Atienza la expresión “función del derecho” puede ser entendida de dos (2) formas: 1) en un sentido organicista que nos pregunta sobre el cometido que cumple el derecho en la sociedad, donde algunos afirman que el derecho cumple una función de control social (teorías funcionalistas), mientras que otros lo ven como un instrumento de dominación y legitimación (teorías conflictualistas), o 2) en un sentido más parecido al matemático, donde se considera qué tanto una norma en especial influye sobre alguna institución social (Atienza, 1998 pág. 56). Ambos sentidos nos interesan en este estudio pues, siendo el objeto del presente trabajo examinar algunas de las formas de eficacia

¹ El estudio sobre las funciones del derecho fue dejado de lado por muchos años por los teóricos del derecho. No obstante, autores como Rudolf von Ihering tocaron el tema de las funciones del derecho en sus obras; Kelsen fue otro teórico que consideró el derecho como una técnica de organización social o un orden de la conducta humana; también Lon L. Fuller, al estudiar el tema, parte de un concepto de derecho eminentemente funcional, el derecho en cuanto guía de la conducta humana (Atienza, 1998 págs. 51 - 52).

que pueden presentar las normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano y aplicarlas a un caso práctico concreto, con el fin último de indagar y analizar los motivos por los que se expiden las normas en Colombia, el mismo podrá, al estudiar el segundo punto planteado por Atienza, obtener algunas ideas sobre el primer punto, es decir, sobre la función del derecho como sistema o mecanismo de control social.

Sobre ese primer sentido existe un acuerdo entre los estudiosos del tema en tanto la mayoría considera que su función es servir como mecanismo de orden social. Debido a la coercibilidad y legitimidad del derecho, las personas se ven avocadas a cumplir con lo que éste dice, sea por temor a las consecuencias de no hacerlo o porque están de acuerdo con lo que éste regula. Sin embargo, las discrepancias sobre su función como mecanismo de orden social surgen cuando se preguntan por el fin de ese orden, es decir, sobre la verdadera función del derecho.

De acuerdo con las teorías funcionalistas, *“la sociedad se concibe esencialmente como un sistema, compuesto por diversos elementos –instituciones- que se coordinan e integran entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad, el orden social”* (Atienza, 1998 pág. 57). Entendiendo el derecho como un mecanismo para conseguir o mantener el equilibrio social, para los adscritos a esta teoría (Talcott Parsons, Harry C. Bredemier Niklas, Luhmann, Roscoe Pound, Karl Llewellyn, Manfred Rehbinder, William M. Evan y Lawrence Friedman, entre otros), la pregunta por la función social final del derecho se respondería considerándolo como un instrumento de control por medio del cual se puede preservar una relación armónica, y por ende generar estabilidad, entre los diferentes elementos que componen la sociedad.

Sin embargo, esta expresión, “control social”, también presenta problemas. Su ambigüedad ha llevado a quienes la estudian a encontrarle diferentes significados. De acuerdo con Josep Vilasajona:

“A veces, se dice que el Derecho es un sistema de control social porque supervisa el funcionamiento de las demás instituciones sociales resolviendo los conflictos que se puedan producir dentro del sistema social. En este caso, se hablaría de control social como una función integradora. Otras veces, en cambio, se añade a la anterior significación la de que el Derecho sirve como dirección y guía de conductas, con lo cual se le está calificando de mecanismo no sólo de integración, sino también de regulación” (Vilajosana, 2006 pág. 278).

Igualmente, afirma Vilajosana, este concepto no debe considerarse como “de todo o nada” sino que, por el contrario, debe tomarse como una noción gradual que puede estar presente en mayor o menor grado en un sistema jurídico (Vilajosana, 2006 pág. 278). Cuando un sistema jurídico cumple su función de control social es porque seguramente es eficaz, es decir, si se considera que un ordenamiento

jurídico cumple con sus funciones de integración y regulación en el momento en que sus normas son aplicadas y acatadas de forma general, es claro que debe existir en esos preceptos algún tipo o rango de eficacia para que esto sea así.

Por su parte, las teorías conflictualistas, las marxistas y las liberales, consideran que el derecho no es un motor de cambio sino que éste puede ser un vehículo adecuado para canalizar ciertos intereses y, al mismo tiempo, un obstáculo respecto de otros. El cambio que ocurre en la sociedad, y que tanto les interesa a ambas teorías, surge del conflicto. Sin embargo sus diferencias radican, en parte, en su concepción del origen del mismo. Para la teoría marxista, el conflicto ocurre entre clases sociales y tiene una base económica, mientras que para la liberal, éste surge entre grupos sociales y tiene unos motivos y desarrollos múltiples, entrelazando cuestiones económicas, políticas, sociales o culturales. Así mismo, para las primeras, el conflicto desaparecerá de la sociedad, mientras que para las segundas es una parte constitutiva de la misma.

Según varios estudiosos del tema, como Germán García Silva (Silva García, 2008), la discusión central en la función del derecho se encuentra en los debates entre las teorías funcionalistas y las conflictualistas. Las primeras hacen énfasis en las *“relaciones de cooperación como nota que caracterizaba la vida social, defendía el cambio paulatino y la evolución pacífica, aunque en realidad le prestaba poca atención al cambio social, para en cambio preocuparse por el orden y exaltar la estabilidad social”* (Silva García, 2008 pág. 33), en tanto las segundas, consideran que las primeras son una creencia conveniente para promover un determinado status quo. Para los conflictualistas, dentro de la sociedad:

“no habría fines comunes que se materializaran, ni un funcionamiento armónico de las partes o estructuras que integran la sociedad. En dirección del todo opuesta, se sostenía que los diferentes componentes de la sociedad podían disponer de ciertas competencias que procuraban desarrollar al máximo, para su propio beneficio...” (Silva García, 2008 pág. 34).

Por otra parte, estas teorías tienen una visión diferente del conflicto. Las conflictualistas, como puede dar a entender su nombre, parten de que el conflicto está siempre presente y es el motor para el cambio social, sea éste bueno o malo, para ellas el conflicto es bueno y necesario. Las teorías funcionalistas, por su lado, consideran que el conflicto es algo negativo y debe ser minimizado lo más posible: al pretender que la sociedad sea estable, el poco cambio que ocurra debe provenir, no de conflictos, sino de decisiones en las que todos participan y a las que todos benefician.

Así, las visiones de las funciones del derecho, según la teoría que se acoja, son totalmente diferentes, la primera confía en el derecho para que éste mantenga la armonía, orden y estabilidad dentro de la sociedad, la segunda considera que el

derecho es una herramienta por medio de la cual los grupos sociales fuertes pueden imponer su visión en contra de los demás, es decir, éste puede constituir un campo de batalla entre los diferentes sectores implicados en su creación y aplicación.

Ahora bien, para determinar cuál es la función que cumple un ordenamiento jurídico en la realidad y, por tanto, determinar qué teorías pueden explicar mejor dicha realidad (funcionalistas o conflictualistas), es necesario determinar la eficacia de la norma y los motivos tras su creación en un caso concreto. Al determinar qué tanto influye una norma sobre una institución social y los motivos por los cuales ésta se expide, se puede determinar qué concepto de sociedad hay detrás de la misma. Esto se debe a que, finalmente, los motivos que llevan a la creación de la ley pueden buscar un control social por medio del cual se genera armonía y estabilidad; o, resaltar un conflicto con miras a generar cambios radicales o privilegiar algunos grupos de interés.

Es por ello que, si se quiere observar cómo funcionan las teorías en la realidad, se hace necesario un estudio en el segundo de los sentidos distinguidos por Manuel Atienza, *“debe hacerse una investigación de las relaciones de dependencia o interdependencia entre una determinada institución o norma jurídica y los efectos que produce en la sociedad”* (Atienza, 1998 pág. 69). El análisis propuesto para ello consiste en un estudio de las relaciones de interdependencia y dependencia entre unas variables que son: los fines de quien emite la norma, sean estos manifiestos o latentes; el contenido de la regulación jurídica; y los efectos sociales producidos por la puesta en marcha de la norma.

Sin decirlo expresamente en el texto, el autor está abogando por un estudio sobre la eficacia de las normas. Así, entonces, para determinar si un ordenamiento jurídico cumple con la función de orden social y cómo la cumple, se debe analizar la eficacia de sus normas. Ahora bien, la definición de eficacia no es una tarea fácil, incluso, hoy en día, no hay una sola acepción admitida por todos los teóricos al respecto. Como veremos, se trata de una noción sobre la cual se han pronunciado una gran cantidad de juristas y sociólogos, por lo que se hace necesario, en una primera parte de esta tesis, realizar un análisis de algunas de las teorías que han surgido sobre ella para tratar de delimitarla y diferenciarla de otros conceptos con los cuales se le ha llegado a confundir. Igualmente, al no ser un concepto unívoco y estar tan directamente relacionado con la función del derecho de la cual partimos, es esencial estudiar algunos de los diferentes tipos de eficacia que se hacen presentes en las normas y algunas de las condiciones que pueden llevar a un precepto jurídico a ser más eficaz. Este estudio sobre la eficacia nos dará algunas luces sobre cuándo se puede afirmar que el Derecho está cumpliendo su función de orden social.

Así mismo este estudio nos permitirá acercarnos a otro asunto de gran importancia en el derecho, los motivos de creación de las normas jurídicas o sus

fines reales, manifiestos o latentes. En teoría, los preceptos jurídicos se deberían crear para cumplir con funciones sociales como otorgar justicia, regular comportamientos, garantizar seguridad y ayudar con la satisfacción de algunas necesidades básicas, fines que se incorporan dentro de la teoría funcionalista. Así, las normas deben regular, por ejemplo, el comportamiento de la sociedad en general para beneficiar algunas poblaciones vulnerables o la actividad económica de la sociedad para que ésta sea beneficiosa a toda ella. Sin embargo, la realidad es otra y puede ser más cercana a la realidad propuesta por las teorías conflictualistas; en algunos casos, las leyes se crean con unos propósitos ulteriores que muestran la relación entre derecho y sociedad y prueban que éste no es autónomo de aquella, en tanto quienes dictan las normas son los grupos de presión y, en algunos casos, el desarrollo y los cambios que se presentan en la sociedad, a los cuales el derecho se debe ajustar. Estos motivos tienen un importante efecto sobre la eficacia de las leyes, como veremos más adelante.

Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es una simple descripción de las teorías sobre la eficacia o de sus clases; una vez desarrollado el marco teórico, en la segunda parte de esta tesis, se hará un análisis práctico de la eficacia en Colombia. Para ello, se aplicarán las nociones de eficacia estudiadas a la Ley 789 de 2002, *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*, conocida como la reforma laboral.

La elección de la Ley 789 de 2002 como estudio de caso se debe a que ésta incluye uno de los temas más importantes en toda sociedad: el empleo. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra en su artículo 23 el derecho al trabajo al disponer:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (Naciones Unidas, 1948).

Igualmente, el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia dispone que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades,*

de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

A pesar de su importancia, el pleno empleo casi siempre ha sido una meta inalcanzable para los Estados, lo cual es más que evidente en el caso colombiano. Los últimos años del siglo XX han sido posiblemente los más problemáticos que ha tenido el país en el campo laboral debido a las graves crisis económicas que han causado el alto índice de desempleo que ha aquejado a la Nación.

En este contexto, se promulgó la Ley 789 de 2002, a través de la cual se reformó el mercado laboral colombiano con el fin de utilizarlo como una herramienta para solucionar la inestabilidad por la que estaba atravesando Colombia. Sin embargo, su creación y permanencia en el ordenamiento jurídico son un tema de debate en el país.

El objetivo de este trabajo al referirse específicamente a la Ley 789 de 2002 como modelo de aplicación del marco teórico, es analizar la eficacia de dicha normatividad y estudiar los efectos que realmente ha tenido sobre el mercado laboral y su funcionamiento. Los resultados de esta aplicación nos darán luces sobre los verdaderos motivos por los cuales fue expedida la normatividad y nos ayudarán a determinar si el derecho colombiano cumple con las funciones de regulación e integración que según la teoría funcionalista todo derecho debería cumplir.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el trabajo se dividirá en dos (2) secciones. La primera se centrará en desarrollar un marco teórico que explique un poco algunas de las concepciones existentes sobre la eficacia para tratar de diferenciarla un de otros conceptos con los cuales tiende a ser confundida y de esta manera acercarnos un poco a una definición del concepto de eficacia. Ese acercamiento a la noción de eficacia nos permitirá estudiarla más a fondo y hacer una diferenciación entre la eficacia instrumental y la eficacia simbólica, así como las formas en que ambas se presentan. Este marco teórico nos señalará cómo analizar los resultados obtenidos en la segunda sección de este trabajo.

La segunda sección consistirá, en una exposición de los resultados obtenidos por Alejandro Gaviria Uribe al estudiar qué tan eficaz fue la reforma laboral, y en una aplicación práctica del marco teórico expuesto en la parte inicial a dichos resultados. Esta sección nos permitirá determinar qué tipos de eficacia se hicieron presentes en la creación y aplicación de la Ley 789 de 2002. A su vez esa aplicación podrá darnos luces sobre las verdaderas funciones del derecho en Colombia.

1. ALGUNAS CONCEPCIONES DE EFICACIA

1.1 ¿EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y VALIDEZ?

Diversos filósofos y teóricos de la sociología jurídica y del derecho han centrado su atención y análisis en torno a la eficacia de las normas jurídicas². Sin embargo al aproximarse al tema, varios de esos autores han tendido a equiparar, distinguir, discutir y hasta confundir las nociones de eficacia, efectividad, eficiencia y validez. Abordar las definiciones teóricas de estos conceptos es de gran importancia, puesto que ayudarán al lector a entender la problemática existente alrededor del concepto de eficacia.

Antes de iniciar este recorrido, el primer término que se debe aclarar es el de la eficacia en sentido amplio. Ésta se refiere a los efectos de las normas jurídicas cuando son aplicadas o puestas en práctica, es decir, el análisis del cumplimiento o incumplimiento de los preceptos jurídicos y los fines propuestos por el legislador en ellos, por parte de las personas a quienes se dirige, sus destinatarios. Asimismo, la eficacia también se manifiesta en la aplicación que hace la autoridad competente de los medios coercitivos consagrados en la norma jurídica, en otras palabras, de la sanción o consecuencia establecida en la ley por el no cumplimiento de ésta.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que la eficacia se encarga de establecer tres (3) cosas: en qué medida los comportamientos de la sociedad coinciden con las normas jurídicas, hasta qué punto las prácticas sociales son imputables a las normas jurídicas por temor o convicción y hasta dónde las conductas de los miembros de la sociedad son acordes a los fines propuestos en las leyes (González Ordovás, 2003 págs. 55 - 56). Por tanto, la eficacia en sentido amplio comprende tanto la eficacia formal del sistema jurídico, es decir, el cumplimiento de la normatividad por sus destinatarios por el solo hecho de que se trata de una promulgación proveniente de una autoridad competente, como la eficacia real o material de éstas, tenida como el logro de las finalidades propuestas por el emisor.

Ahora bien, aunque es posible afirmar que el derecho es eficaz únicamente si consigue dirigir el comportamiento de los miembros de la sociedad, existen diferentes grados de esa eficacia en sentido amplio, dependiendo de los elementos que se analicen en el cumplimiento de las normas, ya sea la simple producción de la conducta o la abstención deseada, o el cumplimiento de los

² Este es el caso de Hans Kelsen, Eugenio Bulygin, Roger Cotterrell y Mauricio García Villegas, entre otros.

objetivos de política legislativa planteados con la emisión de la normativa. Esa diversa gradualidad nos lleva a lo dicho al inicio del presente acápite: si bien nadie parece negar que es necesario un mínimo grado de eficacia para poder hablar de derecho en una sociedad, sus diversos matices han sido y siguen siendo tema de discusión entre los teóricos jurídicos por lo que, para su comprensión, se hace necesario intentar delimitarla y diferenciarla de otras nociones como la efectividad, la eficiencia y la validez, que si bien son similares a la eficacia en sentido amplio, tienen diversas características que hacen posible la distinción y especificación entre ellas. Cabe mencionar que su diferenciación aún es objeto de debate entre los estudiosos de estos temas.

1.1.1 La Efectividad. Al igual que el caso de la eficacia, en la doctrina jurídica se han dado muchos significados de *efectividad*. En este trabajo se hará una referencia a unos pocos, no con el fin de llegar a una definición última, sino con el objeto de demostrar los diferentes sentidos de este concepto y la dificultad para distinguirlo del de eficacia en sentido amplio.

Algunos autores han identificado la efectividad con la eficacia real, es decir, aquélla que se encarga de verificar las consecuencias de la aplicación de la norma y compararlas con la intención del legislador al promulgar dicha normatividad. En este sentido, se dice que una norma es efectiva cuando se da su cumplimiento de acuerdo con los fines propuestos en ésta en el ámbito político. Ahora bien, a pesar de que la efectividad sea considerada una forma de eficacia, por el hecho de que una norma sea eficaz en sentido amplio no significa que también sea efectiva, y viceversa, debido a que es posible que el efecto causado por la regulación no sea el propuesto por la política legislativa (como en el caso de una normatividad tendiente a privilegiar a los discapacitados cuyo real efecto es hacerlos parecer ante la sociedad como individuos inferiores), o que, por el contrario, aunque se logre el efecto deseado por el legislador, no se cumpla con el direccionamiento de la conducta dispuesto en la norma (como sucedería en el caso del incumplimiento de los procedimientos establecidos legalmente para las actuaciones de la administración pública, ya que, si bien se está incumpliendo el principio de legalidad, se está cumpliendo con el objetivo de agilizar el funcionamiento de los organismos estatales) (González Ordovás, 2003 pág. 56).

Para otro sector de la doctrina, donde podemos encontrar a Eugenio Navarro, la efectividad se puede equiparar a la eficacia formal, en razón de que el sistema jurídico es "*el medio en el que el Derecho incide en la determinación del comportamiento de los individuos, afectando sus motivos o razones para la acción*" (Navarro, 2000 pág. 211). Igualmente, autores como Juan Ramón Capella consideran que los destinatarios de las normas jurídicas realmente no son los ciudadanos sino los órganos del poder público, por tanto, la efectividad es una eficacia particular de acuerdo con la cual una norma únicamente será efectiva si es tenida en cuenta por las instituciones públicas y, específicamente, por los magistrados y funcionarios. Es decir, de acuerdo con Capella, una norma jurídica

es efectiva si es aplicada por los organismos del poder público, aún cuando ésta no sea eficaz entre los particulares (Capella, 1999 pág. 87).

Ahora bien, algunos autores como Mauricio García Villegas tienen una concepción diferente de la noción de efectividad. Para García Villegas, la efectividad también puede ser llamada eficacia en sentido amplio y *“se refiere a normas que logran la realización de la conducta prevista en ellas mismas, sin que ello implique el logro de los objetivos establecidos en el texto jurídico”* (García Villegas, 1993 pág. 97). Cabe anotar que el autor considera que debe haber una relación de causalidad entre la promulgación de la norma y el acatamiento o la aplicación de la misma. En otras palabras, no hay efectividad cuando la norma se sobrepone a otra de tipo moral pues aquí el motivo de acción no es la ley nueva sino la norma moral preexistente.

1.1.2 La Eficiencia. En cuanto a la *eficiencia*, su definición es mucho más fácil de delimitar. Se trata de un concepto diferente a los de eficacia y efectividad que ha sido mirado por los teóricos del derecho y la sociología jurídica desde un punto de vista más económico, por lo cual es un tema que es tratado generalmente en el análisis económico del derecho. La eficiencia consiste en lograr un fin determinado utilizando los medios más adecuados. Rudolf von Ihering sostiene que un precepto jurídico puede ser eficiente en dos (2) sentidos: en primer lugar, si consigue el objetivo que pretende y, por otro lado, si consigue dicho propósito pero con el mínimo costo social posible (Calsamiglia, 1988 pág. 28).

De acuerdo con Albert Calsamiglia, quien en el artículo Justicia, Eficiencia y Derecho intenta acercar la economía al derecho y la filosofía, la eficiencia se encuentra en una relación directa con la justicia y con la igualdad, puesto que la implementación de normas jurídicas eficientes aumenta el bienestar social. Conforme a este autor, *“los criterios de eficiencia son los criterios fundamentales a la hora de diseñar las reglas de juego de una sociedad. El derecho sólo tiene sentido como una idea práctica que tiende a una finalidad determinada: la eficiencia”* (Calsamiglia pág. 267).

1.1.3 La Validez. Uno de los conceptos más problemáticos de definir y delimitar de la eficacia en sentido amplio es el de la validez. Ello quizás se deba a su gran importancia dentro del pensamiento jurídico, reflejado, al igual que en el caso de los conceptos anteriores, en las muchas cosas que se han dicho sobre ella. La validez es un problema propio de la existencia de la norma, por lo que frente a ella se hace un juicio de hecho para probar si existe o no y si realmente se trata de eso, una norma jurídica. Por lo tanto, en la validez, teóricamente, no se tienen en cuenta los juicios de valor que se hagan sobre el contenido de las leyes. Ahora bien, lo afirmado hasta el momento parece ser el único consenso al que han llegado los que han hablado sobre el tema. A continuación, se hará una breve presentación de algunas de las discusiones que han girado en torno a esta noción con el fin de demostrar su alto grado de complejidad.

Para Alfred Verdross la palabra validez puede ser usada en tres (3) sentidos: como norma creada conforme al orden jurídico positivo vinculante, como validez moral de una norma o como eficacia de la norma de una comunidad determinada (Verdross, 1983). Por su parte, Hans Kelsen critica esas acepciones propuestas por Verdross. Como primera medida, éste autor afirma que no se puede asimilar la validez con el carácter vinculante de la norma jurídica, ya que, de las normas que obligan o exigen, las que facultan o permiten y las que derogan, únicamente las primeras son vinculantes (Kelsen, y otros, 2005 págs. 58 - 59).

Igualmente, Kelsen sostiene que la validez moral no es realmente validez jurídica pues *“Cuando un partidario del derecho natural habla de la validez ‘moral’ del derecho quiere decir que el fundamento de la validez de la una norma jurídica es su correspondencia con una norma moral, en especial con el principio de justicia. Pero el fundamento de su validez no es su validez. Bajo ‘validez’ de una norma jurídica no se puede entender su eficacia, pues ‘validez’ y ‘eficacia’ significan cosas bien distintas”* (Kelsen, y otros, 2005 pág. 59). Por último, este autor tampoco considera posible equiparar la validez y la eficacia de una norma, puesto que en la eficacia lo que se mira es la correlación entre el precepto jurídico y la conducta humana desplegada, la cual puede ser de acatamiento o de aplicación. La eficacia se daría así de dos (2) formas: (1) cuando la norma jurídica que prohíbe o exige una conducta determinada es acatada (la norma sería ineficaz cuando es violada), o (2) cuando un órgano del poder público o un particular aplican el acto coactivo establecido en la norma jurídica (sería ineficaz si la consecuencia consagrada en el precepto no se aplica por la autoridad competente) (Kelsen, y otros, 2005 págs. 60 - 66).

De lo anterior podemos concluir que, de acuerdo con Hans Kelsen, la validez y la eficacia son conceptos diferentes e identificarlos sería equivocado. No obstante, eso no supone que entre ellos no exista una relación, ya que la eficacia es condición esencial de la validez, no al momento de la creación de la norma, sino durante su vigencia, pues una norma puede llegar a perder su validez si permanece ineficaz durante un período de tiempo largo (Kelsen, y otros, 2005 págs. 71 - 72).

Ahora bien, según Norberto Bobbio, para determinar si una norma jurídica es válida se deben hacer también tres (3) operaciones: en primer lugar se debe verificar si la autoridad que promulgó el precepto tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; luego, se debe comprobar que la norma no haya sido derogada, es decir, que no haya salido del ordenamiento jurídico por orden tácita o expresa del legislador; y finalmente, se debe analizar que no sea incompatible con otras normas del sistema jurídico, especialmente, con aquellas de rango superior o que hayan sido promulgadas con posterioridad (Cruceta, y otros, 2007 págs. 13 - 14). Por tanto, a pesar de lo expuesto por Kelsen, a juicio de Bobbio, la eficacia y la validez son completamente independientes, por lo que una norma puede ser

válida y no ser eficaz o puede ser eficaz y no ser válida (Cruceta, y otros, 2007 pág. 15).

Un ejemplo claro del primer caso (norma válida mas no eficaz) sería la prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en Estados Unidos durante los años 20: aunque la norma era válida por haber sido promulgada por el órgano competente para ello, la prohibición no era cumplida, y esto se demostró en el hecho de que, al derogar la norma, el consumo de bebidas alcohólicas no aumentó. Por su parte, la segunda circunstancia (norma eficaz pero no válida) se pone de manifiesto en las reglas de etiqueta y buena educación pues, si bien no están consagradas en el sistema jurídico, son cumplidas por gran parte de los miembros de una sociedad. En este punto se podría argumentar que la costumbre puede llegar a adquirir validez jurídica, no obstante, de acuerdo con Bobbio, ninguna costumbre adquiere el carácter de norma jurídica por su simple uso sino que debe ser acogida y reconocida por los organismos correspondientes.

Por otra parte, conforme a Eugenio Bulygin, la eficacia no es únicamente una condición necesaria de la validez de las normas jurídicas, sino que es una condición suficiente de ésta, puesto que la norma pierde su validez si está en desuso. Para fundamentar esta afirmación, Bulygin acude a la teoría sobre las condiciones suficientes y necesarias de Ulrich Klug³, a partir de la cual se puede deducir que *“siempre, si una norma es eficaz, esta norma es una norma jurídica válida”* (Kelsen, y otros, 2005 pág. 73).

En contraposición, Hans Kelsen no encuentra sentido en esta idea debido a que la única fundamentación de la norma jurídica es la norma básica, la cual se presupone cuando un orden coactivo formado como un sistema normativo es eficaz. Además, la norma jurídica obtiene su eficacia al momento de ser aplicada u obedecida, mientras que la validez le es dada desde su promulgación.

Para otros autores, como Rupert Schreiber, la validez es equivalente a la eficacia, pues la aplicación que hace el tribunal de la norma es simplemente una expresión de ésta última. De acuerdo con este autor, la norma es eficaz antes de ser aplicada u obedecida, de lo contrario, los efectos de ésta sólo tendrían trascendencia en un momento posterior a la promulgación y solamente ahí se podría tener en cuenta como existente (Kelsen, y otros, 2005 pág. 72).

³ En dicha teoría Klug sostiene que es posible utilizar la lógica simbólica para el estudio y el entendimiento del derecho y que los jueces aplican de forma intuitiva la lógica jurídica en sus razonamientos para emitir fallos (Klug, 1998 págs. 8 - 9).

1.2 ¿QUÉ ES EFICACIA?

Como podemos concluir de la anterior revisión, no es posible hacer una separación tajante entre estos cuatro (4) conceptos. No obstante la cantidad de teorías que han girado en torno a ellos, no se ha podido llegar a un consenso sobre las características que pertenecen a cada una de estas nociones y las hacen diferentes entre sí, haciendo muy difícil determinar la definición de eficacia como noción jurídica separada de otros conceptos importantes del ámbito del derecho. A pesar de ello, al igual que autores como García Villegas y González Ordovás, consideramos que es posible hablar de dos (2) conceptos de eficacia diferenciables entre sí, una eficacia en sentido amplio y una eficacia en sentido estricto. Sin embargo, antes de centrarnos en la definición a la cual se adhiere este trabajo, se mirará cómo la eficacia ha sido analizada y estudiada por varios autores y las conclusiones a las que han llegado en torno a ésta.

Del acápite anterior se puede inferir que la eficacia es un concepto que se centra en consideraciones sobre el cumplimiento de las normas jurídicas. Algunos la han visto de una manera más sencilla que otros, midiéndola únicamente a partir del cumplimiento de sus presupuestos por parte de los destinatarios y, en este sentido, asimilándola a lo que García Villegas comprende como efectividad (García Villegas, 1993 pág. 97). Otros han incluido diversas herramientas y consideraciones para su análisis, yendo más allá, al tener en cuenta los objetivos incorporados en la norma por las políticas legislativas que influenciaron su promulgación, de esta forma, han hablado de una eficacia diferente de la efectividad, de una eficacia restringida o eficacia en sentido estricto.

De acuerdo con Hans Kelsen, la eficacia de una norma se mide observando el impacto que ésta tiene sobre el comportamiento de los individuos destinatarios de la misma, en este sentido, *“para definir el concepto de eficacia han de tomarse en cuenta las relaciones entre la conducta humana efectiva y la norma jurídica”* (Kelsen, y otros, 2005 pág. 60). El autor hace una diferenciación entre las normas prohibitivas u obligatorias y las facultativas o potestativas. En las primeras, cuando los destinatarios de la norma hacen lo que ésta obliga o prohíbe, se dice que hay un acatamiento de la norma, contrariamente, cuando los individuos no cumplen con lo ordenado, no hay acatamiento. En las segundas, el individuo tiene la opción de hacer o no hacer lo estipulado por la norma; cuando lo hace, se dice que aplica el derecho, no obstante, cuando no lo hace, no se puede decir nada, ya que el ejercicio de la potestad es optativo. Resulta entonces que se puede predicar eficacia de una norma obligatoria cuando ésta es acatada o aplicada por los destinatarios, e ineficacia cuando se incumplen los enunciados normativos que ésta impone, pero no podría decirse que una norma facultativa o permisiva es ineficaz. Así, se puede evidenciar que el estudio de la eficacia se centraría en el comportamiento de los individuos destinatarios de la norma y en determinar si los

individuos hacen lo que se les indica o no. Sus consideraciones se aproximan más a la eficacia en sentido amplio.

Por su parte, como ya se explicó, para Kelsen, la validez de una norma jurídica está dada desde el momento de su promulgación. No obstante, es posible hablar de validez o invalidez durante su vigencia, según si la norma es cumplida o aplicada o no por los destinatarios, es decir, una norma puede devenir inválida si permanece ineficaz durante un largo período de tiempo, al perder su relevancia, su fuerza reguladora y el sentido de su existencia.

Para otros autores, como Eugenio Bulygin, la eficacia se define de la siguiente forma: *“El enunciado de ‘la norma p es eficaz’ significa en nuestra interpretación tanto como “si se presentaran determinadas circunstancias (el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la aplicación), entonces los tribunales aplicarían la norma”* (Kelsen, y otros, 2005 pág. 70). Esta definición es bastante criticada pues las normas jurídicas no son aplicadas y hechas eficaces únicamente por los tribunales, sino también por los órganos administrativos e incluso por los particulares, quienes aplican las disposiciones del ordenamiento jurídico cuando ejercen las potestades y facultades que este mismo les ha otorgado.

Con el paso del tiempo, las consideraciones sobre la eficacia y la manera en que ésta se debe evaluar han cambiado. Algunos autores han decidido adentrarse en las razones que impulsan a actuar a los individuos, tal es el caso de Pablo Navarro y María Cristina Redondo, quienes sostienen que la eficacia no es el simple cumplimiento de las normas por los destinatarios, sino que, entendiendo Sj como sistema jurídico, *“la pregunta respecto de la efectividad de Sj es un interrogante acerca de las razones de conducta conforme a las normas de Sj. Afirmar verdaderamente que Sj es efectivo significa que, en la explicación de las acciones de los sujetos, la descripción de las normas de Sj no constituyen premisas superfluas sino que por el contrario, son determinantes del comportamiento de los sujetos”* (Navarro, y otros, 2009 pág. 8). Como podemos ver, estos autores han ido más lejos que otros, puesto que están interesados en las razones por las cuales actúa el individuo y no solamente en el hecho de que proceda conforme a la ley. La eficacia se predica cuando los destinatarios aceptan las normas y las toman como razones para actuar en concordancia con sus enunciados. No obstante, a pesar de su avance, esta concepción todavía se asemeja a la definición de efectividad de García Villegas; de hecho, utilizan ese mismo término.

Por otro lado, el paso de un Estado liberal a uno Social de Derecho también generó cambios en la manera como se consideraba la eficacia, ya que el modelo de actuación del Estado se transformó. En el Estado liberal, las normas se creaban para limitar y proteger a los individuos y cualquier forma de intervención estatal era rechazada. Sin embargo, en el modelo del Estado Social de Derecho las funciones del mismo se alteraron radicalmente. Éste dejó de ser un ente que debía limitarse a proteger la libertad de sus miembros para convertirse en un

Estado que debía intervenir, por medio de políticas públicas, en la búsqueda y logro del desarrollo económico, social y cultural de sus miembros como colectividad ((Atienza, 1998 pág. 55); (García Villegas, 1993 págs. 104 - 108); (González Ordovás, 2003 págs. 49 - 51)).

De esta forma, las normas que crea el Estado se modifican, dejan de ser únicamente normas prohibitivas o exigentes de cierta conducta y, especialmente, dejan su función casi exclusiva de proteger la libertad de los individuos. El derecho, entonces, adquiere fines de integración y de generación de políticas sociales y se fija metas de desarrollo para la sociedad. Cabe anotar que no sólo el contenido de las normas cambia, sino que también se transforman las instituciones estatales, debido a que ahora se necesitan mecanismos de implantación y aplicación de normas más amplios y estructuras técnicas y coercitivas más flexibles para permitirles adaptarse a los cambios coyunturales y a las necesidades prácticas que vayan presentando las estrategias de intervención⁴.

La manera en que este cambio repercutió sobre la concepción de la eficacia es impresionante. González es categórica al afirmar:

"Las transformaciones del derecho producto del empleo del sistema jurídico con fines de política social hacen que sobre la clásica racionalidad formal de la norma pase a imponerse la racionalidad material. En el primer caso, la eficacia se define por el 'seguimiento de las reglas', en el segundo, en cambio, se mide por 'el logro de resultados o la realización de funciones'. Desde el punto de vista de tareas concretas de ordenación, la administración tiene que mantener variables sus propios impulsos y premisas, siendo eficaz en la medida en que lo consiga; las premisas de la actividad ya no son reglas a cumplir rajatabla, sino recursos a utilizar desde el punto de vista de la adecuación de sus tareas" (González Ordovás, 2003 pág. 54).

La autora muestra entonces cómo en un primer momento eficacia y efectividad eran lo mismo, y luego, con el cambio de modelo de Estado se empiezan a diferenciar.

En el mismo sentido que González Ordovás, García Villegas no está de acuerdo con aquellos teóricos que centran el estudio de la eficacia en la observación de si los designios estipulados por la norma son seguidos por los destinatarios en su comportamiento, es decir, en el estudio de la eficacia en sentido amplio. Para García Villegas:

⁴ El problema que presenta esta expansión del poder público es que ha generado un distanciamiento entre las instituciones y los ciudadanos, especialmente, con aquellas que crean y aplican las leyes.

“Más allá del asunto jurídico relacionado con el fracaso o el éxito de la puesta en obra de los propósitos legales, existe un asunto político, que tiene que ver con el fracaso o el éxito de la realización de otros objetivos que no se desprenden de la lectura espontánea del texto, y que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social” (García Villegas, 1993 pág. 82).

Así mismo, al igual que González Ordovás, este autor no considera que la ineficacia sea necesariamente mala, por el contrario, ambos afirman que, en ocasiones, para cumplir a cabalidad los fines de la norma, se debe dejar de cumplir totalmente lo que ésta estipula en sus enunciados normativos. Incluso, García Villegas afirma que hay normas que se crean sin la intención de ser aplicadas.

Teniendo presentes todos estos debates y avances en el estudio de nuestro tema en cuestión, el presente trabajo se adscribirá a las teorías de la eficacia en sentido restringido, es decir, aquellas que diferencian entre eficacia y efectividad. De igual forma, distinguirá entre eficacia instrumental y eficacia simbólica. Por tanto, se entenderá que una norma es instrumentalmente eficaz cuando al ser aplicada ésta logra los objetivos designados en el texto jurídico; en cambio, una norma será simbólicamente eficaz cuando su promulgación y, en algunos casos, aplicación o acatamiento, llevan al cumplimiento de unos objetivos que no se hacen explícitos en la ley, pero que son motivo de su creación, y diferentes a aquellos que se toman en cuenta para determinar la eficacia instrumental. Esto en el entendido que, como sostiene García Villegas, las normas no sólo son creadas para dar directrices de comportamiento o acción, sino que el emisor de la norma, en muchas ocasiones, espera resultados diferentes a los que establece explícitamente (García Villegas, 1993 pág. 100).

A continuación se hará una descripción de lo que se ha entendido por eficacia instrumental y las condiciones que deberían estar presentes para que este tipo de eficacia sea posible. Posteriormente se explicará en qué consiste la eficacia simbólica, la cual ha sido considerada más relevante en el plano político. Una vez descritos y explicados estos dos (2) tipos de eficacia, se tendrá la información suficiente para pasar a nuestro segundo capítulo y determinar si la Ley 789 de 2002 *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”* que instauró la reforma laboral es eficaz en ambos sentidos o solamente en uno de ellos.

1.3 ¿QUÉ SE PUEDE ENTENDER POR EFICACIA INSTRUMENTAL?

La eficacia instrumental en sentido amplio, a la cual se refiere Hans Kelsen (Kelsen, y otros, 2005), es la que mide el nivel de incidencia que tiene la norma sobre la conducta humana y si esta última se adapta a los preceptos jurídicos. Cuando la norma hace cambiar el comportamiento humano para que éste se adecue a lo prescrito, ésta es instrumentalmente eficaz. La eficacia no es de todo o nada, sino que es una cuestión de grados, hay normas más eficaces que otras y, dependiendo del contexto social del país, una norma puede ser más eficaz en uno que en otro. Por ejemplo, en Suiza el precepto que prohíbe matar es mucho más eficaz que en Colombia pues, como se puede colegir de una mirada rápida a las estadísticas, en este último país hay más personas que matan a otras que en Suiza.

Igualmente, los resultados de un estudio de la eficacia instrumental de una ley pueden ser diferentes según el tipo de destinatario que se estudie. Conforme a Kelsen, las normas tienen más de un tipo de destinatario, estos pueden ser: los órganos facultados a ejecutar los actos coactivos (la policía, la fiscalía, los jueces, entre otros), los individuos y otros entes (dependiendo del tipo de norma de que se trate)⁵. En palabras de García Villegas, existe una *“distinción que suele hacerse en relación con las áreas de verificación de la eficiencia: de un lado puede apreciarse la correspondencia entre comportamientos prescritos en la norma y comportamientos efectivos, y del otros puede estudiarse la correspondencia entre violaciones a las prescripciones y sanciones efectivamente impuestas”* (García Villegas, 1993 págs. 95 - 96).

Este tipo de eficacia es más fácil o más difícil de determinar dependiendo de la generalidad de los términos de la norma. Por ejemplo, la norma que ordena construir determinado tipo de puente, es clara en lo que ordena y no está sujeta a interpretaciones; en cambio, la norma que consagra el libre desarrollo de la personalidad es más difícil de medir, ya que se debe observar si las personas hacen uso de ella o si, por el contrario, normalmente escogen actuar según los dictámenes sociales, si la respetan por cuestiones morales o legales, si los órganos judiciales la reconocen en sus sentencias, etc. Esto se debe al amplio margen de interpretación que estas normas permiten debido a su textura abierta.

No obstante lo anterior, y como ya se estableció en este trabajo, algunos autores como González Ordovás y García Villegas afirman que la eficacia instrumental no

⁵ En este trabajo se entenderá por destinatario aquella persona a la cual la ley, por medio de la regulación presente en sus artículos, le impone el deber o le otorga la facultad de actuar de determinada manera.

se configura únicamente cuando los destinatarios cumplen con lo estipulado en la ley. A juicio de ellos, hay otra dimensión del derecho que se debe incluir en el análisis de ésta y es la de sus fines u objetivos. Cuando el legislador promulga una norma, es común que exprese las razones por las cuales considera que ésta es necesaria y señala los fines u objetivos que pretende alcanzar con ella. Esos fines son la razón de ser de la norma, por lo que, si la creación de la misma no los logra, se debe decir que fue instrumentalmente ineficaz.

Así las cosas, una norma puede ser acatada y aplicada por todos sus destinatarios y seguir siendo ineficaz si este comportamiento no da lugar al cumplimiento de los fines propuestos por la política legislativa. En palabras de García Villegas:

“Si la puesta en obra de una norma estuviese siempre adecuada a sus objetivos, bastaría con el estudio de la observancia de la norma para predicar su eficacia. Sin embargo, éste no siempre es el caso: con frecuencia se encuentran normas aplicadas que producen un resultado del cual ellas son la causa y que, no obstante esta incidencia en los hechos, no puede predicarse de ellas eficacia por falta de realización de su objetivo” (García Villegas, 1993 pág. 100).

En la actualidad, gracias al cambio de modelo de Estado y de su intervencionismo con metas programáticas, los fines u objetivos a alcanzar por medio de la aplicación de las normas se sitúan en un puesto predominante para la medición de la eficacia. Esto se lleva a tal extremo que un cumplimiento integro de los presupuestos normativos deja de ser necesario con tal de que se cumplan los fines de la norma establecidos por el legislador. De acuerdo con esto, la concepción de Kelsen de la eficacia pasa a un segundo plano de importancia, pues, aunque lo ideal es que las personas cumplan la norma, es común que la eficacia sea selectiva y se acaten o apliquen las normas en la medida en que éstas cumplan con los fines perseguidos.

A juicio de los autores François Ost y Michel van de Kerchove, quienes también consideran que la eficacia instrumental se mide por la consecución de los objetivos establecidos y no por el nivel de cumplimiento efectivo de la norma:

“la aplicación de la sanción penal ya no es considerada como un bien en sí, en el sentido de que ella aseguraría la justa retribución por la infracción, sino como el instrumento de realización de un bien exterior a ella: la prevención, general o individual, de las infracciones. La definición misma de estas infracciones, es decir, la incriminación penal está evidentemente dominada, a su vez, por una interpretación utilitarista: sólo los comportamientos realmente perjudiciales para la sociedad pueden ser considerados como infracción” (Ost, y otros, 2001 pág. 217).

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, hay ciertas condiciones socio-jurídicas y técnicas de creación e implementación de la norma que hacen posible un mayor nivel de eficacia instrumental de la ley. Las primeras tienen que ver con las situaciones fácticas en las cuales se introduce el derecho. Dichos escenarios se dan dentro de la sociedad, son condiciones que ella provee y que son indiferentes a la norma creada, existiendo antes, durante y después de ésta, aunque puedan cambiar con el tiempo debido a la normal evolución de toda sociedad. Son, además, circunstancias que casi siempre tienen efectos sobre la mayoría de los preceptos jurídicos.

Por su parte, las segundas, las condiciones técnicas de creación e implementación de una ley, son generales en tanto se pueden y deben observar en todas las normas del ordenamiento jurídico; sin embargo, tienen una “aplicación” particular, ya que implican que el Estado debe actuar de determinada manera con respecto a cada normatividad específica para que ella sea más efectiva. Es posible afirmar que estas condiciones siguen la vida de la norma, pues su aplicación se centra en ésta, únicamente interesan mientras ella es creada y aplicada. Una vez es derogada la ley, las condiciones que se le aplicaban dejan de interesar.

Cabe anotar que las condiciones técnicas, que se estudiarán, aunque son reconocidas como importantes por constituir una guía práctica para el legislador, también son criticadas al no aportar explicaciones sobre la naturaleza de la sociedad, la entidad sobre la que el derecho actúa (Cotterrell, 1991 pág. 67). En otras palabras, *“no consideran el derecho como un simple aspecto de un complejo conjunto social afectado por muchas fuerzas, y sostenido por esas fuerzas seguramente en mucha mayor medida que por sí mismo”* (Cotterrell, 1991 pág. 68). A pesar de esa crítica, para el presente trabajo lo que más interesa de estas condiciones es que presentan mecanismos y estrategias que pueden aplicarse en la creación e implementación de cada ley para promover el cambio social deseado.

Ahora bien, dependiendo de los autores que se estudien, esas dos (2) circunstancias que acabamos de enunciar, aquellas bajo las cuales el derecho puede influir en mayor medida en las conductas y ser considerado eficaz, son diversas. Este trabajo estudiará dos (2) autores ampliamente reconocidos en el tema: Ramón Soriano (Soriano, 1997) y William M. Evan (Evan, 1980).

1.3.1 Condiciones socio-jurídicas propuestas por Ramón Soriano. De acuerdo con Ramón Soriano, la existencia de determinadas condiciones socio-jurídicas puede hacer que una ley tenga mayor o menor éxito al influir en la percepción y visibilidad de la norma por parte de la sociedad a la que va a ser aplicada. Este autor divide esas condiciones en dos clases, las de eficacia jurídica general y las de eficacia jurídica de carácter instrumental. Ambas, pero especialmente las primeras, son necesarias para la eficacia de toda norma, no obstante, son independientes de ella; es decir, existen en la sociedad e influyen

todas las leyes, pero la normatividad en sí misma no tiene ninguna injerencia en la existencia de dichos requisitos.

Soriano comienza su exposición de las condiciones de eficacia jurídica general explicando, en primer lugar, el proceso de sociabilidad como condición de eficacia. *“La pertenencia a la sociedad y el proceso de sociabilidad que en su seno recibe el sujeto le hace sentir vínculos sociales y adquirir la conciencia de que debe respetar las normas e instituciones que rigen el funcionamiento de los grupos humanos en sociedad”* (Soriano, 1997 pág. 403). Para el autor, ésta no es una condición exclusiva de la eficacia de la ley estatal, es un requisito que se puede predicar de todo tipo de normas: las morales, las de decoro, las de grupos al margen de la ley, entre otras. En palabras de Lawrence M. Friedman *“La “ley” no es la única fuente de sanciones y premios. El sujeto vive y trabaja en sociedad. Tiene una familia, amigos, compañeros de trabajo; es un miembro de una iglesia, club, clan o banda. Todos estos grupos son también fuentes de sanciones y premios”*⁶ (Friedman, 1987 pág. 106).

Según estos autores, es la falta de vínculos sociales lo que puede generar el incumplimiento de la norma. Es evidente que el Estado no es omnisciente ni puede estar en todas partes al mismo tiempo para verificar que las personas cumplan con la normatividad jurídica, por ende, tampoco puede sancionar a todos los que la incumplen. La sociedad y los diferentes grupos que la componen, en muchos casos, funcionan como un segundo ente controlador. La familia, los compañeros de trabajo y los demás círculos sociales controlan a sus miembros al exigirles el cumplimiento de determinadas reglas. Generalmente, las normas que rigen el comportamiento de los grupos son similares, e incluso iguales, a las leyes estatales; esto se debe a que las normas jurídicas, tradicionalmente, han adoptado las conductas de la sociedad, su moral y cultura para volverlas obligatorias.

Si una persona no tiene vínculos sociales y el Estado no está presente para exigir el cumplimiento de la ley, no hay mucho que evite que esta persona actúe conforme a sus propios intereses y contrario a los de otros o al interés general. Si se mira desde un punto de vista de costos y beneficios, no tiene muchos costos que la impulsen a actuar en contra de sus deseos. Por consiguiente, se hace necesario que el individuo sea un miembro de la sociedad y tenga lazos fuertes que permitan el desarrollo del proceso de sociabilidad para que se convierta en un miembro del grupo que cumple con las normas sociales y, en general, jurídicas.

Sin embargo, no basta con la sociabilidad del individuo para facilitar la eficacia. El segundo elemento que pone de presente Soriano es la necesidad de que éste tenga un conocimiento del derecho. Ello no implica que la persona deba conocer todas las normas jurídicas, pero sí que deba saber las más básicas y estar en condiciones de obtener información al respecto de las leyes que desconoce. La

⁶ Traducción propia.

norma que consagra el principio que reza que la ignorancia de la ley no es excusa para su incumplimiento tiene motivos jurídicos que justifican su existencia; no obstante, el Estado debe buscar que sus ciudadanos cuenten con la mayor información de los preceptos jurídicos para que los incluyan dentro de sus grupos, los den a conocer a sus miembros y, de esta manera, refuercen su aplicación.

Desde un punto de vista práctico, es razonable pensar que si una persona no conoce una norma, no se puede esperar que modifique su conducta para satisfacer su contenido. Según Soriano, es por eso que los Estados utilizan mecanismos de publicidad para dar a conocer su legislación; es por ello también que, hasta cierto punto, el derecho dejó de ser oral y se volvió escrito; y es por ello que hoy en día el Estado trata de crear programas por medio de los cuales se aumente el conocimiento del derecho y, consecuentemente, se reduzca la discriminación en el acceso y uso del mismo, sobre todo en las clases más bajas que son las que menos conocimiento tienen de sus derechos.

Como tercer elemento, este autor considera a la aceptación del derecho como una de las condiciones más importantes para su eficacia. La conformidad con éste por parte de sus destinatarios implica que estos cumplirán lo que se ordena puesto que han internalizado el comportamiento preceptuado y han decidido actuar de acuerdo a él libremente y por su propia voluntad. Dicho fenómeno puede ser espontáneo o reflexivo. El primer caso, ocurre cuando la persona cree que la conducta establecida por la regla es buena. Friedman hace una perfecta explicación de algunos de los motivos que hay detrás de este pensamiento cuando afirma:

“Hacer lo correcto’ puede referirse a un número de motivos diferentes pero relacionados. Uno de estos lo llamamos conciencia-cívica. Este es el sentimiento de que debemos obedecer la regla, incluso en contra de nuestro propio interés personal, porque es bueno para otras personas o para las personas en general. Llamamos moralidad al deseo de seguir las normas, porque son la voluntad de Dios, o porque son éticas, o un deber religioso, más que por su utilidad para otros o para nosotros. Aún otro motivo es el sentimiento de ‘justicia’, la idea de que una regla o comportamiento merezca adherencia, apoyo u obediencia por alguna cualidad formal – por ejemplo, que la regla o comportamiento aplica para todos por igual” (Friedman, 1987 pág. 111).

La aceptación reflexiva, por su parte, proviene de un razonamiento que hace la persona sobre por qué debe asumir el derecho. De acuerdo con la tesis de Soriano, la aceptación es general cuando se reconoce el derecho por lo que éste representa y el poder que simboliza, independientemente de la justicia o injusticia de las normas que puede contener. De acuerdo con Friedman, ésta es la legitimidad del derecho; así lo expone cuando sostiene:

“De acuerdo con Weber, una regla, costumbre, orden o sistema es ‘legítimo’, cuando ésta está ‘dotada con el prestigio de ejemplaridad y obligatoriedad’. Puesto de manera más sencilla, pero en negativo, cuando las personas obedecen una norma, no por interés propio, confianza en el legislador o en una convicción del valor sustantivo de la ley, la regla tiene legitimidad... Los juicios acerca de la legitimidad son juicios acerca de la forma, proceso de creación o fuente – acerca de cómo surgió la norma o acerca del creador de la norma y su autoridad” (Friedman, 1987 pág. 112).

La aceptación también puede ser parcial cuando se aprueban determinadas reglas en razón de su naturaleza, de su justicia o de su utilidad, por tanto, cuando no cumplen con determinados criterios, se dejan de obedecer en un acto de rebeldía. Ello significa que aunque la coacción es esencial al derecho, no basta para su eficacia, al menos una mayoría de los destinatarios de las normas deben aceptarlas y ajustar su comportamiento en un alto grado, de manera voluntaria, a lo que éstas estipulan.

En cuarto lugar, encontramos las actitudes psicológicas del sujeto. Soriano recurre a Robert Merton y su teoría de la desviación para desarrollar este presupuesto. Para Merton (Merton, 1996 pág. 132 y s.s.), entre los diferentes elementos que componen las estructuras sociales y culturales, los más importantes para determinar por qué existen conductas desviadas de la norma son las metas, propósitos o intereses deseados (fines culturales) y los mecanismos por medio de los cuales se pueden obtener esos propósitos (medios institucionales), ambos predefinidos por la cultura y las normas de la sociedad. En cuanto a los primeros, independientemente de qué metas primen sobre otras, se entiende que estas son referencias aspiracionales, es decir, ofrecen a los miembros de la sociedad una guía de las cosas que se considera se debe tratar de obtener. En cuanto a los segundos, están desigualmente repartidos dentro del conglomerado social y no necesariamente son los más eficientes (incluso en algunos casos prevalecen los más ineficientes), al ser determinados por los valores de la sociedad.

Dichos elementos están en constante tensión, es decir, no se relacionan de manera constante, pues el énfasis que se puede hacer sobre uno en determinado momento puede ser muy superior o inferior al que se realiza sobre otro. En un extremo, pueden prevalecer los objetivos sobre los mecanismos. El ejemplo de los deportes utilizado por Merton es muy ilustrativo: en algunos momentos, es más importante ganar a cualquier precio que ganar de acuerdo a las normas del deporte. Así, los deportistas empiezan a obviar la regulación de los mecanismos sociales y recurren a acciones “ilegales” para conseguir el triunfo (Merton, 1996 pág. 135). En el otro extremo, donde prevalecen los mecanismos sobre los objetivos, surge el problema del cumplimiento de ciertas normas como un mero ritual sin importar sus fines. De permanecer, estos dos extremos terminarán por desestabilizar la sociedad; en palabras del autor: *“que esa conducta aberrante puede ser considerada sociológicamente como un síntoma de disociación entre*

*aspiraciones culturalmente prescritas y medios socialmente estructurados para realizar dichas aspiraciones*⁷ (Merton, 1996 pág. 135).

De igual forma, esos elementos determinan los tipos de actitudes psicológicas: (1) la conformista, cuando el individuo acepta los objetivos y emplea los medios designados para lograrlos (2) la ritualista, cuando no está de acuerdo con los objetivos pero de todas formas utiliza los medios designados, (3) la innovadora, cuando acepta los objetivos pero emplea medios que no son legales para lograrlos, (4) la retraída, cuando no acepta los objetivos y no emplea los medios establecidos, (5) la rebelde, cuando el individuo no acepta los objetivos ni los medios para lograrlos e intenta sustituirlos por unos que considera aceptables (Atienza, 1998 págs. 60 - 61); (Soriano, 1997 pág. 407)). Estas actitudes no son las mismas en todas las esferas y situaciones sociales en que se ve inmerso el individuo: en general, ante circunstancias similares tenderá a actuar de la misma manera, pero puede cambiar en las disímiles. Para el tema de la eficacia, la primera de ellas es de vital importancia. Cuando el énfasis sobre estos dos elementos se encuentra balanceado, se produce una actitud conformista, al menos en la mayoría de las personas, y esto ayuda a que las normas sean eficaces.

La quinta condición presentada por Soriano es la de la participación democrática del sujeto. El autor señala que cuando el destinatario de las normas se siente partícipe de la esfera pública, tiene más motivos para respetar el derecho debido a que éste no es una imposición tiránica, sino que, en cierta medida, él mismo fue parte del proceso de su creación.

El último factor de eficacia jurídica de carácter general que menciona Soriano tiene que ver con la protección represora y promocionadora de las normas. Como se dijo anteriormente, la aceptación del derecho es una de las condiciones más importantes para la eficacia del mismo, sin embargo, con respecto a algunas leyes, las personas necesitan un poco de convencimiento para actuar conforme a lo que éstas dictan. Dicho poder de convencimiento del derecho surge de las consecuencias jurídicas, las cuales pueden ser negativas o positivas. Las primeras, también llamadas sanciones o penas, son las que más se conocen y se aplican típicamente en el derecho penal. Son además las que se utilizaban en el Estado liberal para el respeto de la voluntad y de las libres relaciones jurídicas de los ciudadanos. Son aquellas que amenazan a los destinatarios de las normas con consecuencias de dolor o pena.

Las segundas se empezaron a utilizar en el Estado Social de Derecho cuando éste requería que las personas actuaran de una manera que consideraba útil, sin tener que obligarlas por medio de la fuerza. Un ejemplo son las normas que establecen descuentos en materia de impuestos y aranceles a los empresarios si

⁷ Traducción propia.

escogen invertir en bienes de capital. El Estado no los puede obligar a invertir y, si lo hace, puede ser perjudicial tanto para el inversionista como para el gobierno, por tanto, le otorga incentivos para hacerlo, estos son sopesados por el inversionista y, probablemente, incurrirá en la conducta deseada por el Estado.

Aunque las consecuencias positivas y negativas son importantes fuentes de motivación para los destinatarios de las normas, éstas deben cumplir con ciertos factores de aplicación social. Algunos de ellos son el grado de certeza de su aplicación, la severidad de la sanción, el alcance de los medios y recursos empleados para su eficacia, la condición de sanciones positivas (premios) o negativas (penas), la percepción del riesgo de la efectividad de la sanción, entre otros. A pesar de que se han realizado diversos estudios al respecto, según Soriano, él y Friedman han encontrado que los resultados de estas sanciones son relativos y dependen de muchas condiciones (Soriano, 1997 pág. 409). No obstante, la conclusión que puede extraerse de estas investigaciones es que, si las consecuencias no son aplicadas, no tendrán ningún efecto instrumental sobre los destinatarios.

Incluso, la aplicación de las consecuencias positivas o negativas no tiene que predicarse de una norma en específico, sino que debe existir una aplicación general de todo el sistema normativo por parte de las autoridades imponiendo sanciones u otorgando premios. Si la sociedad observa que un buen número de preceptos no son aplicados, no obedecerá las normas, al menos no si no las acepta como adecuadas o válidas. En cambio, si el Estado hace cumplir la mayoría de las normas, las personas pensarán que no pueden dejar de someterse a ellas pues el Estado es activo en su control y es probable que los sancione por su actuación ilegal o les dé el premio correspondiente por el cumplimiento del precepto.

Además de las condiciones de eficacia jurídica de carácter general, Soriano presenta unos requisitos de carácter instrumental constituidos por factores orgánicos o instrumentales que, debido a la gran complejidad del sistema jurídico, el Estado ha debido crear. Dentro de este tipo de instituciones encontramos las agencias de información, asesoramiento y control y los profesionales del derecho (policías, jueces y abogados) (Soriano, 1997 pág. 410). Las primeras son aquellos *“órganos diseñados para el control de la eficacia de las normas en materia de interés social y para informar, asesorar y emitir propuestas, tanto respecto a las empresas y los ciudadanos como respecto a la Administración”* (Soriano, 1997 pág. 140). Dentro de sus actividades más importantes se encuentran (i) asesorar a las empresas, ciudadanos y Administración, (ii) informar sobre la situación, obstáculos, remedios, etc., en torno a la eficacia de las normas de derecho y (iii) sancionar a los infractores. Para el autor, la eficacia de estas agencias es dudosa, sobre todo en la última competencia.

Respecto de los profesionales del derecho, su posibilidad de velar por la eficacia viene condicionada por la importancia que éstos le den a la dimensión de servicio social o público de sus profesiones. De igual manera, es la función que cumplen en la sociedad la que facilita ver su contribución a la consecución de la eficacia. Aunque la policía busca, sobre todo, prevenir el incumplimiento de la norma y los abogados y los jueces ejerzan un papel más reparador, la existencia de todos estos profesionales constituye una colaboración con la eficacia, pues cuando el derecho es violado, son ellos quienes deben recomponer la estructura social.

1.3.2 Las condiciones técnicas propuestas por William M. Evan. Por su parte, William M. Evan presenta siete (7) condiciones que debe cumplir toda ley para ser eficaz⁸. A diferencia de los requisitos presentados por Soriano, estas condiciones técnicas se ven promovidas o entorpecidas por la ley misma, pues ellas dependen de la formación, estructura y aplicación de la norma.

La primera condición que debe cumplir la nueva ley es la de estar dotada de autoridad y prestigio. Este requisito está relacionado con aquél sostenido por Soriano sobre la importancia de la participación democrática del individuo. Las leyes que provienen de un legislador elegido democráticamente son altamente legítimas pues provienen de un agente que todos han escogido. Para el caso de las normas creadas por otros organismos, lo importante es que dicho organismo cumpla con los principios democráticos y forme parte del poder público.

La segunda condición es que *“la racionalidad del nuevo Derecho debe ser compatible y coherente con los principios culturales y jurídicos establecidos, en otras palabras, el Derecho puede ser una poderosa fuerza de cambio ‘cuando el cambio se deriva de un principio fuertemente enraizado en nuestra tradición’”* (Cotterrell, 1991 pág. 64). El derecho es un instrumento para generar cambios en la sociedad; sin embargo, éste no puede actuar en contra de ella, es decir, las transformaciones que quiera imbuir en ésta deberán ser acordes con las transiciones que en la misma se estén surtiendo. Cualquier cosa que imponga el derecho que se separe radicalmente de la realidad social será inaplicable. Es por esto que, en general, las leyes tienen la tendencia de estar unos pasos más atrás que la sociedad a la cual pertenecen y deben regular. Las sociedades cambian velozmente y el derecho puede ayudar o controlar dichas variaciones, pero sería extremadamente difícil, por no decir imposible, que éste último creara y aplicara una norma que ordena una conducta completamente ajena a lo que pasa en la sociedad.

La tercera condición propuesta por Evan consiste en la necesidad de establecer modelos pragmáticos de conformidad. Esto quiere decir que los presupuestos de

⁸ Debido a las dificultades para conseguir el libro “Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives” (1990) de William M. Evan, en el presente trabajo se usará el texto de Roger Cotterrell (Cotterrell, 1991) como guía para estudiar lo establecido por este autor.

comportamiento de la norma no pueden ser imposibles de realizar, no pueden ser utópicos ni exigir de las personas más de lo que éstas están dispuestas a dar para vivir en sociedad. La conducta prescrita debe ser realizable por los sujetos a los cuales va destinada pues, de lo contrario, provocará resistencias.

Evan propone una cuarta condición que tiene que ver con el uso consciente del elemento tiempo en la acción legislativa. En vista de que las leyes rigen a partir de una determinada fecha -que puede ser desde su publicación o desde otro momento diferente- el autor considera que no se debe dejar pasar mucho tiempo entre la promulgación y la entrada en vigencia de un precepto. La razón de este argumento es que ese lapso intermedio, si es demasiado largo, puede permitir el surgimiento de resistencias más o menos organizadas a lo establecido por la norma, lo que dificultará su posterior aplicación. Aunque siempre habrá normativas que por su carácter requerirán un plazo más largo entre promulgación y aplicación (su contenido implica un cambio fuerte o son muy técnicas), el Estado debe establecer un balance entre el tiempo que se necesita y los riesgos que éste presupone para la aplicación eficaz de la norma. El creador de la ley debe haber planificado el cambio, por tanto, lo mejor en estos casos es hacerlo por etapas y con plazos fijos, pues un término indeterminado puede generar la ineficacia de la normatividad. En palabras de Cotterrell:

“la programación del cambio, como de cualquier otra acción de gobierno por etapas temporales, asegura el control y garantiza la prudencia y previsión de la política legislativa, al tiempo que aprovecha la experiencia de los organismos encargados de la ejecución, de la población regulada y de aquellos cuyos intereses se pretende propiciar” (Cotterrell, 1991 pág. 65).

La quinta condición planteada por Evan es que el creador de la norma y los organismos ejecutivos deben estar completamente comprometidos con la nueva regulación y sus principios. Ellos deben ser los primeros en aplicarla puesto que, de lo contrario, es muy probable que el resto de la sociedad tampoco lo haga y la normativa se torne completamente ineficaz.

Por su parte, la sexta condición es muy similar a la presentada por Soriano sobre las consecuencias de la ley, la diferencia radica en que, para Evan, es más relevante que se empleen en la ley particular. Según Cotterrell (Cotterrell, 1991 pág. 65), en ocasiones, la amenaza de la aplicación de las sanciones obliga a quien es destinatario de ellas a actuar conforme a los preceptos de la norma y no a sus deseos, incluso si la amenaza de sanción es real para el individuo, puede llegarse a dar un proceso de conversión que elimina las tensiones suscitadas por hacer algo que no se desea y permite aceptar el contenido de la ley. Se puede considerar, entonces, que la aplicación de las sanciones y, en ese sentido, el cumplimiento de la norma por los órganos ejecutivos, puede generar la aceptación de la norma por parte del individuo al que ella se refiere.

La séptima y última condición que propone Evan consiste en que “*debe establecerse una protección efectiva de los derechos de quienes pueden ser perjudicados como consecuencia de la evasión o violación del precepto, quienes deben ser incentivados a usarlo en su defensa*” (Cotterrell, 1991 pág. 66). Esto es importante puesto que, si las personas sienten que sus derechos se van a proteger si denuncian a alguien que viola alguna norma que les concierne, entonces, utilizarán más dicha normatividad como instrumento de defensa de sus garantías; por el contrario, si el sentimiento es hacia la desprotección y la vulnerabilidad, probablemente, la persona no denunciará al transgresor. Adicionalmente, esta situación hace que los violadores de la norma puedan ser visibilizados por el Estado y que, de esta manera, puedan ser perseguidos y sancionados.

1.4 ¿EN QUÉ CONSISTE LA EFICACIA SIMBÓLICA?

En vista del conocimiento desarrollado alrededor de las condiciones necesarias para crear una norma que sea instrumentalmente eficaz que hemos someramente enunciado en el acápite anterior, la pregunta que ha de efectuarse es la siguiente: conociendo las limitaciones de las leyes y las condiciones que se deben cumplir para que éstas sean potencialmente efectivas, ¿por qué se crean normas sobre las cuales se conoce desde un principio que tendrán una eficacia instrumental deficiente? La respuesta parece encontrarse en lo que se ha llamado eficacia simbólica. Centraremos nuestro análisis en las explicaciones que Mauricio García Villegas (García Villegas, 1993), François Ost y Michel van de Kerchove (Ost, y otros, 2001) han dado sobre ella. Estos autores no creen que el único tipo de eficacia sea la instrumental ni que los objetivos de una norma sean siempre los que se exponen al público. Por lo tanto, para hacer un análisis completo de la eficacia de una normatividad se debe hablar de esa eficacia simbólica.

Según Ost y van de Kerchove, la eficacia simbólica del derecho “*se podría definir como su capacidad para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizadoras o desvalorizadoras*⁹” (Ost, y otros, 2001 pág. 223). Conforme a esta definición, es posible establecer que la eficacia simbólica busca un manejo o cambio de las ideas que las personas puedan tener o hacerse de determinados actos y objetos; es decir, su finalidad es cambiar la manera en que los individuos perciben el acto o el comportamiento regulado por la norma.

⁹ Para comprender el sentido del término "representaciones" acudimos a lo expuesto por el autor Pierre Bourdieu, quien las define como “*actos de percepción y de reconocimiento, en que los agentes invierten sus intereses y presupuestos de representaciones objetales en forma de cosas (...) o actos...*” (Bourdieu, 2001 pág. 87).

La existencia de esta eficacia se debe a que, desde un punto de vista instrumental, el derecho tiene una aplicación limitada y, adicionalmente, como han dicho varios autores mencionados anteriormente en este trabajo, no todas las normas deben ser llevadas a la práctica. Esta razón hace que sea necesario analizar el aspecto simbólico de los preceptos jurídicos. La fuerza del derecho considerada desde esta perspectiva radica en que el “derecho” es una palabra que se impone como legítima y verdadera al ser proveniente de instituciones políticas de representación popular. Así las cosas, siguiendo a Bourdieu (Bourdieu, 1987), García Villegas considera que el derecho tiene la capacidad de marcar una división en el terreno de la sociedad y decir quién y qué va en el campo de lo justo o injusto, lo lícito o ilícito o lo verdadero o falso, y las personas actuarán según lo que éste diga (García Villegas, 1993 pág. 89). Tal como explican Ost y van de Kerchove:

“Esta dimensión “espectacular”, “ritual” o “mágica” de la promulgación de la norma jurídica se manifestaría igualmente, según Murray Edelman, en que el grado de publicidad que rodea la adopción de las leyes generalmente es inversamente proporcional a su eficacia instrumental y en particular a su impacto real sobre los recursos” (Ost, y otros, 2001 pág. 223).

Al legislador lo que le importa en estos casos no es el éxito de la puesta en obra y su consecuente logro de los fines propuestos, sino que su preocupación se centra en un trasfondo político que se concentra en unos objetivos que no fueron expuestos y que se relacionan con la creación de representaciones colectivas o individuales que promueven el consenso o apaciguamiento de la sociedad. De lo anterior se puede colegir que la eficacia simbólica se evidencia al medir la incidencia que tiene la norma sobre las ideas de sus destinatarios al cambiarlas de alguna manera o, incluso, hacerlas permanecer en aquellos casos en que la sociedad está transformándose.

La eficacia simbólica ha sido subdividida por los teóricos que la estudian en diferentes categorías: eficacia enunciativa, eficacia argumentativa y eficacia substancial. Las distinciones, por supuesto, son más teóricas que prácticas, no obstante, sirven como instrumento para lograr un mejor entendimiento de este tema. Esos modelos de la eficacia simbólica se han desarrollado partiendo de las tres (3) etapas por las que pasa todo precepto jurídico: promulgación, ejecución y eficacia. Dichos momentos se interrelacionan para crear diferentes tipos de esta clase de eficacia.

1.4.1 Eficacia Enunciativa. La primera categoría estudia el fenómeno de la eficacia cuando la vida de una norma empieza y termina con su promulgación. La *eficacia enunciativa*, se refiere a normas que no se aplican y que, por tanto, no tienen ninguna clase de eficacia instrumental. Las leyes creadas de esta manera cumplen su propósito simbólico con el solo hecho de existir, es por eso que no puede decirse que hayan fracasado. Esta eficacia ha sido subdividida por García

Villegas (García Villegas, 1993 pág. 238) en tres (3): la eficacia performativa, la eficacia convencional y la eficacia de selección o aprendizaje.

a) La *eficacia performativa* entiende que la función de la norma creada es representar la voluntad del poder, decir lo que éste quiere respecto de determinado tema para que las personas destinatarias de dicha normatividad acepten el mensaje como lo justo o legal o encuentren satisfechas sus necesidades, a través de una representación determinada. En este caso lo que se busca es cumplir un papel político al tomar una decisión jurídica. Esta clase de eficacia parte de la teoría de J. L. Austin quien, según Bourdieu, sostiene que algunas palabras no describen nada ni son verdaderas o falsas, sino que con su misma promulgación realizan una acción (Bourdieu, 2001 pág. 69). Entonces, si la norma no es aplicada o acatada, no se puede decir que ésta no fue un éxito, puesto que, a pesar de los motivos que se hayan argüido para crear la ley, ésta no dejó de ser llevada a la práctica por falta de recursos o por incapacidad de los órganos encargados de su ejecución; sino que ella no fue creada con el fin de ser aplicada sino con el de satisfacer una demanda proveniente de la sociedad o de controlar las tendencias evolutivas y cambiantes de ésta.

Tal como explican Ost y van de Kerchove *“la adopción de numerosas reglas cumple en sí misma la función simbólica de “hacer creer” y de producir la impresión de que las reivindicaciones- o las necesidades sociales a las que apuntan las reglas- han sido atendidas independientemente de sus posibilidades reales de aplicación”* (Ost, y otros, 2001 pág. 227). En este sentido, García Villegas sostiene que el legislador ha perfeccionado y adaptado este mecanismo para satisfacer sus necesidades, es por ello que afirma que *“se prolonga el período de inaplicación que viene luego de toda promulgación, en espera de la puesta en marcha de las innovaciones previstas, hasta que los beneficios puramente simbólicos de la promulgación empiezan a perder fuerza en la conciencia de los ciudadanos debido al alargamiento de la ineficacia. En este momento se prevé la promulgación de una nueva norma y se reinicia el proceso”* (García Villegas, 1993 pág. 240). El legislador busca hacer creer a las personas que está solucionando el problema que ha propiciado la demanda social con la creación de las normas. Cuando la persistencia del problema vuelva a movilizar a la ciudadanía, el legislador regulará el tema nuevamente.

b) La segunda subdivisión de la eficacia enunciativa, la *eficacia convencional*, es muy similar a la eficacia performativa, diferenciándose de ésta en cuanto a las razones para promulgar la ley. Como se vio anteriormente, la norma performativa se expide para cumplir con las demandas de la sociedad o infundirle representaciones para que no cambien los comportamientos; por su parte, la eficacia convencional busca producir un consenso entre fragmentos diferentes y opuestos de la sociedad. En últimas, la eficacia del derecho tiene un efecto mediador entre las partes, pues ofrece la posibilidad de encontrar un punto intermedio donde se reconocen los valores de un fragmento de la sociedad de

manera expresa y se asegura al segmento contrario que estos no tendrán realización de la manera en que se preceptúa: los primeros quedan tranquilos en tanto sus valores son promulgados como los correctos, los segundos quedan satisfechos porque, aunque no se reconocen sus intereses, no se les va a exigir el acatamiento de la ley que adoptó valores contrapuestos a los suyos. El ejemplo utilizado por García Villegas para explicar esta función es la regulación del aborto en Bélgica, donde hasta 1989 existió una norma que penalizaba el aborto pero que nunca se aplicó. La creación de esa normatividad obedecía a que una parte de los ciudadanos (los flamencos) tenía una fuerte tradición católica y se oponían al aborto, mientras que otra parte (los Walones) sostenía que se debía eliminar la sanción. El acuerdo al que llegaron fue a que el precepto permanecería vigente en el ordenamiento jurídico pero no se aplicaría (García Villegas, 1993 pág. 242).

c) La última clase de eficacia enunciativa es la *eficacia de selección o de aprendizaje*. El tipo de normas a las que nos hemos referido como eficaces de manera performativa o convencional son regulaciones creadas con unos fines explícitos y unos enunciados normativos que regulan un asunto de manera clara. Por su parte, los preceptos con eficacia de selección no tienen objetivos ni enunciados normativos claros. Estas disposiciones son puramente simbólicas (al no permitir la eficacia instrumental), pero no porque se decida que no se deben aplicar, como las anteriores, sino porque su contenido no establece propósitos o la manera en que deban llevarse a la práctica. De esta forma, la falta de objetivos impide que estos se comparen con los resultados prácticos para determinar el nivel de eficacia instrumental. En palabras de García Villegas:

“La estrategia simbólica también puede tener lugar en este espacio vacío de objetivos: de manera deliberada se hace uso de la vaguedad, de la indeterminación, incluso de la inexistencia de propósitos, con el fin de orientar la aplicación hacia la fijación de cierto sentido de los textos o simplemente con el fin de responder a una demanda social de reglamentación incluso antes de tener una idea clara sobre la manera como debe ser regulada la situación...” (García Villegas, 1993 pág. 224).

Lo anterior nos conduce a establecer que una de las razones por las cuales los objetivos de una ley se crean de manera vaga e indeterminada es para que, cuando el órgano encargado de ejecutar la norma tenga que expresarse sobre el tema, éste pueda interpretar su texto como le parezca más conveniente. Por ejemplo, la legislación sobre trasplantes en materia médica puede tener objetivos indeterminados, evitando así que el legislador tenga que pronunciarse de una forma determinada sobre asuntos que no conoce a profundidad o que no sabe cómo se van a tener que desarrollar en un futuro.

1.4.2 Eficacia Argumentativa. La *eficacia argumentativa* se predica de aquellas leyes que, tras ser promulgadas, pasan a la etapa de ejecución y son aplicadas por los órganos del poder público o por los mismos particulares, sin embargo, no

logran realizar los fines u objetivos para los cuales fueron creadas. García Villegas describe dos (2) variantes de esta eficacia.

a) La primera de ellas es la *eficacia originada* a la cual se le ha dado este nombre pues, desde su creación, la norma está hecha para tener efectos, pero no para cumplir los objetivos con los que fue establecida, sino otros. El precepto jurídico se ha erigido para que sus resultados sean diferentes a los expuestos como razones para su promulgación. Un ejemplo de este tipo de eficacia puede ser los decretos municipales que han sido emitidos desde hace unos años con respecto al libre tránsito de las motocicletas. Dentro de ellos se destaca el Decreto 0196 de 2010 expedido por el alcalde de Pasto, Eduardo Alvarado Santander, por medio del cual se restringe la circulación de parrillero hombre en vehículos tipo motocicleta en el municipio de Pasto. Las motivaciones del decreto señalan que su fin es prevenir la violencia e inseguridad generadas por las motos puesto que, aparentemente, delitos como el hurto, la extorsión, entre otros, son cometidos en la ciudad por personas en motocicleta. Por consiguiente, las autoridades consideraron necesario restringir el tránsito de motocicletas con acompañante o parrillero hombre mayor de 14 años de edad dentro del perímetro urbano durante las 24 horas del día. Cabe preguntarse si en efecto los delincuentes dejarán de cometer sus actos ilegales por el simple hecho de no poder hacerlos en moto, lo más probable es que no. En cambio, si se mira el Decreto desde otra perspectiva se hace evidente que puede haber otros motivos para su creación. En el año 2008 Pasto puso en marcha un sistema de transporte masivo que debe suplir las demandas de movilidad de sus ciudadanos y ser económicamente viable (Revista Dinero, 2009); sin embargo, uno de los obstáculos para este proyecto es el mototaxismo, fenómeno en el que los particulares con moto han comenzado a usar dicho vehículo para prestar el servicio de transporte público a aquellas personas para las cuales las alternativas de taxi y bus son inadecuadas. Así, la reglamentación que prohíbe el parrillero hombre está afectando gravemente el mototaxismo, pues le restringe duramente su funcionamiento al limitar el sexo del acompañante, obligando a los clientes de éstos a usar el sistema de transporte integrado.

b) La segunda variante es la *eficacia sobreviniente*. En numerosas ocasiones la separación existente entre la elaboración de las leyes y su aplicación, permite el aprovechamiento político de las normas para poner en obra unos objetivos determinados. En este caso la ley se promulga de manera adecuada, es decir, con objetivos y contenido claro y con el fin de ser aplicada; sin embargo, su puesta en práctica dependerá de entidades o personas diferentes a su creador.

Quienes más incurren en este tipo de eficacia simbólica son los legisladores ya que, como explica García Villegas, "*los políticos de profesión cumplen buena parte de sus ofertas electorales, haciendo de ellas verdaderas normas del ordenamiento jurídico; ellos y los encargados de aplicar las normas saben muy bien que la expedición jurídica no es una razón suficiente para pensar que la promesa se*

cumplirá” (García Villegas, 1993 págs. 248 - 249). Es decir, los legisladores emiten normas para “cumplir” con sus promesas, de forma que si les llegan a acusar de no haber cumplido con lo prometido, ellos puedan decir que sí lo hicieron pero que no es responsabilidad de ellos ni está dentro de sus facultades, hacer acatar o aplicar las normas.

Sin embargo, esta separación no siempre es mala, en algunos casos, le permite a los encargados de aplicar la norma hacer su trabajo de tal forma que no conlleve consecuencias desafortunadas, así, el derecho se puede adaptar aún mejor a la realidad. No sobra señalar que aunque esto suena positivo, también tiene aparejadas consecuencias negativas como la falta de seguridad jurídica y la falta de firmeza del contenido jurídico.

1.4.3 Eficacia Substancial. De la interrelación de las tres (3) etapas de la norma surge la *eficacia substancial*. En este tipo, los momentos de promulgación y eficacia de una normatividad son el mismo, es decir, la intención instrumental de la norma es que los destinatarios la perciban como un símbolo de algo o para algo. La norma en este caso no persigue objetivos que no sean propiamente jurídicos, sino que su función simbólica es pretendida y deseada. Por ejemplo cuando se quiere resaltar el valor de alguien en algún aspecto, se le puede condecorar de una manera especial, esa distinción, en muchos casos, requiere de una ley o un decreto. Un ejemplo de este tipo de condecoración es la Orden de Boyacá, que fue establecida como premio y estímulo a los miembros de las Fuerzas Militares que hayan sobresalido por virtudes excepcionales. Su otorgamiento cumple la función simbólica de exaltar las cualidades de alguien y, al hacer ese reconocimiento, agota la eficacia instrumental, pues el objetivo era precisamente hacer ese reconocimiento simbólico.

La eficacia substancial se presenta de dos (2) maneras, como eficacia de legitimación y como eficacia de figuración, las cuales a continuación se explicarán.

a) Cuando la sociedad reclama el cambio de una situación donde se privilegian de manera descarada los intereses de unos pocos, el legislador puede emitir una norma que regule los hechos de tal manera que la relación de intereses presente no sea alterada sino, por el contrario, justificada. Esto se logra haciendo “*aparecer una relación de intereses que antes era de hecho como una necesidad o como una relación de intereses legítima*” (García Villegas, 1993 pág. 258). Esta es la *eficacia de legitimación*.

b) Por otra parte, la *eficacia de figuración* se da cuando las normas buscan crear, como objetivo explícito, una representación a partir de la definición de un estado de cosas o de la promoción de un valor. En estos casos eficacia simbólica e instrumental van de la mano porque la aplicación de la norma sucede con su misma enunciación.

Enunciado el concepto de eficacia, sus límites y posibilidades y sus diferentes clasificaciones, se procederá a ver su aplicación en la práctica. Como se verá en el siguiente capítulo, el esquema esbozado es la herramienta que se utilizará para analizar la Ley 789 de 2002 y determinar con qué fines fue creada y cuál fue la efectividad que de ella surgió. Completados el análisis teórico y práctico, se tendrán las claves para hacer unas breves reflexiones sobre los propósitos con que se promulgan las normas.

Para concluir este capítulo sólo resta citar a García Villegas:

“La fuerza social del derecho, entonces, no se limita a la imposición de un comportamiento o a la creación instrumental de un cierto estado de cosas. La fuerza del derecho también se encuentra en su carácter de discurso legal y de discurso legítimo; en su capacidad para crear representaciones de las cuales se derive un respaldo político; en su aptitud para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o de una imagen, con independencia de la evaluación de veracidad o de efectividad que pueda hacerse de la correspondencia de dicha idea o imagen con la realidad” (García Villegas, 1993 pág. 87).

2. LA EFICACIA DE LA REFORMA LABORAL (LEY 789 DE 2002)

Antes de proceder a hacer una aplicación del marco teórico a la *“Ley 789 de 2002 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*, conocida como la reforma laboral, es pertinente explicar por qué se escogió dicha norma jurídica para realizar el presente trabajo. Siendo el objetivo de este capítulo salir de lo teórico y entrar a lo práctico para estudiar la eficacia tanto instrumental como simbólica de una ley, se necesitaba una normatividad controvertida y que contara con suficientes estudios empíricos con respecto a su aplicación a partir de los cuales fuera posible hacer juicios sobre la eficacia misma. La Ley 789 de 2002 cumplía esos requisitos.

En el año 2002, a través de la Ley 789, el gobierno del expresidente Álvaro Vélez implementó una reforma laboral para solucionar los problemas de desempleo por los que atravesaba Colombia en los últimos años de la década de los 90 del siglo XX y los primeros años del siglo XXI. La eficacia de las medidas implementadas por el gobierno por medio de esa ley, y en particular, el impacto real de ésta sobre la tasa de desempleo en el país ha sido tema de permanente discusión. Los diferentes sectores de la sociedad abogan por su permanencia o derogación dependiendo de sus intereses, mientras el gobierno considera que la norma es necesaria para Colombia, lo que demuestra que no hay consenso acerca de su necesidad. Inclusive, el tema es de tal importancia que ha sido punto de debate en las elecciones presidenciales de 2010, donde algunos candidatos proponían derogar la ley, crear más flexibilización o mejorarla¹⁰.

La controversia que generó la promulgación de la ley también se hace visible en los intentos de derogarla que han surgido en el Congreso de la República, entre ellos se destaca el Proyecto de Ley 341 de 2005 “Por el cual se deroga la Ley 789 de 2002”, el cual fue aprobado en primer debate pero archivado por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2005. En el año 2008 se buscó reformar nuevamente por medio del Proyecto de Ley 79 de 2008, que, aunque alcanzó a ser aprobado en primer debate, fue posteriormente archivado.

Igualmente, la controversia surgida a partir de la promulgación de la ley se pone de manifiesto en las demandas de inconstitucionalidad que se han interpuesto en su contra. La primera de ellas se presentó por supuestos vicios de procedimiento, mediante sentencia C-658 de 2003, en la que la Corte Constitucional declaró que tales vicios no habían ocurrido.

¹⁰ Algunas páginas de internet donde se puede leer acerca de las propuestas de los candidatos en este tema son:

- (Vargas).
- (Unión Nacional de Empleados Bancarios).

Por su parte, la segunda demanda de inconstitucionalidad tuvo lugar en el año 2004, acusando de inexecutable los artículos 1°, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de la norma. Los argumentos presentados sostenían que el precepto jurídico era regresivo y violaba el principio constitucional del derecho al trabajo, así como también vulneraba derechos adquiridos. Respecto al primer cargo, la Corte señaló que *“como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie”* (Montealegre Lynett, 2004). Sobre el último argumento la Corte Constitucional decidió que no había inconstitucionalidad puesto que la aplicación de la normatividad frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la ley fue aplazada hasta el 1 de abril del año 2003. Tras analizar la norma y sus disposiciones, la Corte la declaró constitucional.

En el año 2008 el precepto volvió a ser objeto de otra demanda de inconstitucionalidad. En este caso, el demandante señaló que no había cosa juzgada con respecto a la sentencia C-038 de 2004 porque en ese entonces los artículos de la ley fueron analizados *ex-ante*, es decir, antes de que fueran aplicados y conocidos sus verdaderos efectos, mientras que al momento de la demanda se podía estudiar la normatividad *ex-post*. En palabras de la Corte Constitucional, el demandante *“sostiene que es particularmente aconsejable un posterior examen de disposiciones que han sido sometidas a un juicio de proporcionalidad, metodología empleada en la sentencia C-038 de 2004, pues, con el paso del tiempo es posible apreciar si éstas resultaron adecuadas y eficaces para la consecución de los fines que perseguían, en otras palabras, con un estudio ulterior es posible evaluar con mas certeza su idoneidad”* (Vargas, 2008 pág. 6). A pesar de que la demanda de inconstitucionalidad en cuestión fue apoyada por el Procurador General de la Nación, para la Corporación los argumentos no eran válidos pues no era cuestión suya analizar la idoneidad de la ley. Es la responsabilidad, designada incluso en la ley, recaía sobre el Congreso de la República, quien debía estudiar el tema al cabo de dos (2) años por medio de un informe de la Comisión de Seguimiento y Verificación a las Políticas de Generación de Empleo y modificar la norma en lo que fuera pertinente para hacerla más eficaz.

Asimismo, la complejidad de la situación alrededor de la Ley 789 de 2002 ha generado diferentes estudios que permiten hacer un seguimiento de su eficacia. Para nombrar sólo algunos: Juan Carlos Guataquí y Juan Andrés García (Guataquí, y otros, 2009), Jairo Núñez (Núñez Méndez, 2005) o Alejandro Gaviria Uribe (Gaviria Uribe, 2004).

Dadas estas “ventajas” de la reforma laboral de 2002, en el presente trabajo se hará un análisis de su eficacia, tanto instrumental como simbólica, así como del cumplimiento que ésta hace de las condiciones expuestas por William M. Evan

para la creación e implementación de una ley. Es importante puntualizar que la aplicación del marco teórico se hará únicamente al Capítulo VI de la norma citada. Esto se debe a la dificultad de analizar la eficacia de todas las disposiciones de una ley al margen de las demás circunstancias y cambios jurídicos que vive un país y que también pueden influir sobre el aspecto regulado. Es necesario entonces limitarse a los cambios de la ley que sí han sido estudiados con una metodología que diferencie sus efectos de los de otras normas o circunstancias. El Capítulo VI, al ser el que más controversia ha causado, también ha sido el más estudiado por los expertos.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEY 789 DE 2002

Al estudiar una ley y su eficacia, especialmente su eficacia simbólica, es importante entender el contexto del cual ésta surgió, pues dichas condiciones históricas son determinantes al momento de entender los motivos de su creación. La reforma laboral consagrada en la Ley 789 de 2002 no es una excepción.

De acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) la tasa de desempleo en el país experimentó un crecimiento de casi el cien por ciento (100%) entre los años de 1990 y 1999, pasando de un 10,2% al inicio de la década (el cual llegó a bajar hasta 7,6% en 1994) a un 20,1% a finales de los 90 (López Enciso, y otros, 2006 pág. 3).

La anterior situación se generó, en un primer momento, debido a una serie de reformas económicas y jurídicas implementadas en Colombia (como la apertura comercial y cambiaria, la descentralización fiscal y el otorgamiento de mayor independencia al Banco de la República) que afectaron la base de las relaciones económicas del país, trayendo como consecuencia un cambio en la distribución del ingreso y un aumento en los niveles de pobreza (Núñez, y otros, 2002 pág. 2). Adicionalmente, la crisis también tuvo como causas, entre otros, los problemas políticos que caracterizaron al gobierno de Ernesto Samper Pizano (1994 – 1998), las altas tasas de interés, la fuga de capital generada por el narcotráfico y la inestabilidad del sistema financiero en general, circunstancias que hicieron que disminuyera la inversión y que las principales empresas colombianas redujeran sus presupuestos y llevaran a cabo cortes de personal, aumentando aún más la tasa de desempleo (Godoy, s.f).

No obstante lo anterior, es necesario aclarar que la crisis de la que se habla no se dio únicamente en Colombia, la recesión económica fue una condición generalizada a nivel mundial. Los años finales de la década de los 90 y los del principio del siglo XXI fueron particularmente críticos para la economía global, dos (2) debacles económicos de la época lo ejemplifican. En primer lugar, la crisis que empezó en 1998 en Asia Oriental y que fue considerada en su época como la peor

crisis financiera desde los años 70, cuando colapsó el sistema de Bretton Woods, en cuanto a sus implicaciones y alcance (United Nations Conference on Trade And Development (UNCTAD), 1998). De acuerdo con la UNCTAD:

“Aunque diversas influencias han incidido en diferentes países de la región, un hecho comúnmente aceptado es que la crisis tiene su origen en el sector privado y se ha manifestado en una forma de fracaso del mercado de connotaciones particularmente graves. Se podría resumir como el resultado de un exceso de préstamos extranjeros por parte del sector privado, o bien, de un exceso de créditos otorgados por los mercados financieros internacionales. En cualquier caso, como lo señaló Alan Greenspan, Presidente de la Junta de Reserva Federal de los Estados Unidos, a estas economías les ingresó un flujo de ingresos superior al que podía haberse utilizado de manera rentable asumiendo un menor riesgo” (United Nations Conference on Trade And Development (UNCTAD), 1998).

El impacto y alcance de la crisis de 1998 pueden ser comparados con los de la crisis financiera y económica de 2008, aunque a menor escala, ya que ésta no afectó sino a una región, la asiática¹¹. Igualmente, las causas de la crisis también se encontraban en los problemas de regulación del sector financiero y en la globalización de este sector.

En segundo lugar, el denominado “colapso del dot.com” en el año 2000. A finales de los años 90 se presentó un auge en las inversiones en compañías de internet, lo cual generó que el índice compuesto NASDAQ¹² se disparara hacia arriba (BBC Mundo, 2007). No obstante, la sobrevaloración de dichas empresas y la especulación bursátil generaron una estrepitosa caída de las acciones haciendo que la inversión en dichas compañías disminuyera en gran cantidad y se presentara una desaceleración de la economía estadounidense inesperada. En medio de esta situación, las empresas tecnológicas realizaron cierres, fusiones y despidos y fue necesaria la intervención de la Reserva Federal de Estados Unidos para estimular el crecimiento económico y evitar una crisis más profunda (Ramírez, 2008 págs. 1 - 5).

La situación mundial de crisis anteriormente descrita también tuvo efectos en la economía colombiana, sobre todo la crisis en Estados Unidos al ser éste un socio estratégico para el país en materia de comercio exterior. El aumento del desempleo y la falta de creación de puestos para los millones de desempleados del país crearon un panorama ante el cual muchos colombianos debieron buscar

¹¹ Los países que se vieron mayormente afectados fueron Hong Kong, Japón, Corea, Malaysia, Filipinas, Singapur y Taiwán.

¹² National Association of Securities Dealers Automated Quotation. Índice accionario que recoge los títulos valores de las compañías del sector tecnológico inscritas en la Bolsa de Valores de Nueva York.

su sustento a través de la economía informal, disparando los niveles de pobreza y disminuyendo de forma generalizada la calidad de vida en el país. Igualmente, la crisis ocasionó que más del sesenta por ciento (60%) de los ciudadanos colombianos no tuvieran acceso a la salud y no se encontraran afiliados a ningún fondo de pensiones (Godoy, s.f).

Durante la crisis el crecimiento económico disminuyó a tal punto que en el año 1999 el registro de Colombia en este sentido fue cero (0) y el índice de desempleo fue el mayor en América Latina (Godoy, s.f). Además, de acuerdo con Núñez, Ramírez y Cuesta:

*“Como consecuencia de la crisis de finales de los años noventa, entre 1996 y 2000 la tasa de **desempleo** aumentó para hombres y mujeres en ambas zonas. Se destaca el aumento del desempleo en las cabeceras, que pasa de 11,4% en 1996 a 19,6% en 2000 (Cuadro 1). Entre géneros, las mujeres enfrentan mayores tasas de desempleo que los hombres, lo que afecta en mayor medida a las que habitan las zonas rurales; mientras en 1996 el desempleo femenino en el campo era de 13%, el de los hombres apenas alcanzaba el 3,4%. La diferencia se agudiza con la crisis, y en el año 2000 el desempleo femenino en las zonas rurales llega a 19,3% mientras que el de los hombres es de 5,3%” (Núñez, y otros, 2006 pág. 13).*

En ese momento el futuro de Colombia era realmente oscuro y la solución exigía un crecimiento económico de por lo menos el cinco por ciento (5%), lo cual era poco probable dada la coyuntura nacional e internacional, o una reactivación de la construcción que generara empleos e iniciara una reactivación generalizada de la economía; sin embargo, las consecuencias de esta última posible salida únicamente serían visibles a partir del año 2003 (Godoy, s.f).

La implementación de remedios a la crisis tomó tiempo, por lo que la situación de desempleo continuó aumentando en el país a principios del siglo XXI, alcanzándose en marzo de 2001 un pico de 20,13% en la tasa de desempleo (López Enciso, y otros, 2006 pág. 3). En el año 2002, la presidencia de la República de Colombia fue asumida por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, quien, ante la situación del país, se vio en la necesidad de buscar una salida viable y rápida al problema del desempleo, solución que se vio instrumentalizada por medio de la reforma laboral contenida en la Ley 789 de 2002, cuya justificación se explicará a continuación.

2.2 OBJETIVOS QUE JUSTIFICARON LA REFORMA LABORAL DE 2002

Como se explicó previamente en el marco teórico, y de acuerdo con María José González y Mauricio García Villegas, la eficacia instrumental se predica de una

norma cuando ésta ha cumplido con los objetivos explícitos propuestos en ella. Por consiguiente, para estudiar la eficacia instrumental de la Ley 789 de 2002, se hace necesario exponer cuáles eran sus objetivos. Para ello, se consideraron las exposiciones de motivos de las normas publicadas en las gacetas del Congreso de la República y los debates sostenidos en éste para la aprobación de la ley.

Conforme a la exposición de motivos de la Ley 789 de 2002, la reforma laboral presentada por el gobierno del ex-presidente Álvaro Uribe Vélez buscaba la creación de ciento sesenta mil (160.000) empleos anuales por medio de la implementación de medidas que impulsaran el mercado laboral y contribuyeran a recuperar la confianza de los ciudadanos en la economía del país. En pocas palabras, la principal justificación del proyecto consistió en la necesidad de dinamizar el mercado laboral para que éste permitiera la creación de nuevos empleos que cumplieran con condiciones de trabajo suficientemente dignas y justas, haciendo especial énfasis en la ocupación para los jóvenes sin calificación y las personas jefes de hogar. Según las gacetas del Congreso, esto se lograría si se solucionaban los problemas estructurales y coyunturales del mercado laboral colombiano. Logrado lo anterior, se podría aliviar la situación que vivían los desempleados y mejorar el ambiente laboral en aras de lograr elevar los niveles de productividad, facilitando la contratación y aumentando la protección social que va ligada al empleo (Congreso de Colombia, 2002).

La ponencia para segundo debate en cámara señaló que una de las razones centrales del desempleo estructural colombiano era la rigidez que caracterizaba el mercado de trabajo (Congreso de Colombia, 2002). De acuerdo con los congresistas ponentes, la regulación laboral colombiana no permitía el adecuado funcionamiento de ese mercado en tanto no dejaba que la oferta y la demanda regularan las condiciones del empleo ofrecido en el mismo. De esta forma, cuando bajaba la demanda de mano de obra, no bajaba la solicitud de empleo, o al menos ésta no se ajustaba a las nuevas condiciones requeridas por los empleadores. En palabras de los ponentes:

“... las trabas que aún persisten en el país no han permitido que los salarios y en general los costos de contratación reflejen la verdadera situación del mercado de trabajo. (...). A pesar de la caída en la demanda por mano de obra de los últimos años, el salario promedio de la economía y el salario mínimo legal medidos en términos reales se han incrementado bastante” (Congreso de Colombia, 2002 pág. 7).

Según la información presentada en esa ponencia, dicha situación de irrealidad del mercado llevaba a los empleadores a buscar soluciones alternativas. Por un lado, siguiendo las opciones legales, los empleadores escogían despedir el exceso de trabajadores que consideraban tenían en sus empresas y, luego, optaban por no contratar más mano de obra, incluso necesitándola, pues preferían ahorrarse los costos que eso pudiera implicar cuando ya no la necesitasen. Por

otra parte, éstos podían escoger autorregular el mercado acudiendo a medidas elusivas de las normas laborales, es decir, acudiendo al mercado laboral pero bajo condiciones diferentes a las que éste exige (ejemplo de ello son las cooperativas de trabajo asociado que permiten a las empresas tener personas que ejecuten labores sin un contrato laboral directo con la empresa), o también, prefiriendo el uso de capital en los procesos productivos que reemplazara la mano de obra.

En vista de los anteriores argumentos, se consideraba que la Ley debía añadirle a la normatividad laboral un cierto grado de flexibilización que le permitiera al mercado regular la oferta y la demanda de acuerdo con la realidad del país. En desarrollo de ello y, conforme a la exposición de motivos, la reforma se basó en cuatro (4) elementos esenciales. En primer lugar, *oportunidades* para crear facilidades de contratación de acuerdo con las necesidades tanto de los trabajadores como de los empleadores para estabilizar el mercado laboral. En segundo lugar, la *empleabilidad*, es decir, la creación de políticas que facilitaran las condiciones necesarias para la inserción laboral de las personas desempleadas. Para dicho fin, se propuso buscar la facilitación de la contratación, el fortalecimiento a la capacitación de la fuerza laboral y el aumento de la protección social. El tercer elemento fue la *participación* de los ciudadanos en la determinación de planes, programas, proyectos y políticas para lograr un mayor sentido de pertenencia y un amplio compromiso que generara legitimidad y validez de los métodos implementados. De esta forma, se propuso lograr un ambiente de cooperación entre los participantes del mercado laboral y evitar el conflicto entre ellos. En cuarto y último lugar, estuvo la *protección*, como un medio para mitigar los riesgos laborales y sociales.

Este trabajo se centrará en el análisis del primer elemento esencial de la reforma, pues, como se mencionó anteriormente, éste es el más controversial y estudiado de las regulaciones introducidas. Los demás elementos cruciales de la ley no han sido lo suficientemente analizados y, por ende, no presentan las mismas oportunidades de aplicación del marco teórico presentado en el primer capítulo de este trabajo.

En tal contexto, los cambios que implementaría la norma, en lo atinente al Capítulo VI, funcionarían de la siguiente manera:

- Artículo 25: La jornada laboral, que era de las 6:00 a las 18:00 horas, se cambiaría por uno que comenzara a las 6:00 y terminará a las 22:00 horas. Este cambio permitiría que ciertos sectores de la economía, en especial las empresas comerciales y de servicios, pudieran ampliar sus jornadas de trabajo sin recargos por trabajo nocturno.
- Artículo 26: La reducción de los recargos en festivos y en horas extras pretendía permitir una mayor flexibilidad a las empresas sin que ello se tradujera en recargos salariales.

- Artículo 29: La reducción del monto de las indemnizaciones buscaba, en palabras de la Corte Constitucional *“disminuir los riesgos de los empresarios para contratar nuevas personas, así como facilitar la adaptación de las empresas a los ciclos económicos, lo cual debería también incentivar el empleo. Además, esa reforma pretende corregir lo que consideraba un incentivo perverso de la regulación precedente, consistente en vincular el monto de la indemnización por despido a los años de antigüedad”* (Montealegre Lynett, 2004 pág. 45).
- Artículo 51: La jornada laboral flexible permitiría a los empleadores negociar con los trabajadores una organización alternativa de los turnos de trabajo que aumentara la producción y rebajara los costos. Esto llevaría a que las empresas fueran más competitivas y pudieran contratar más trabajadores.

De acuerdo con el análisis econométrico de la Dirección Social del Departamento Nacional de Planeación, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y festivos debería generar 52.600 empleos al año, mientras que la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78.900 puestos de trabajo; el total de los cambios debía producir los ya mencionados 160.000 empleos al año (Congreso de Colombia, 2002 pág. 9).

A partir de lo anteriormente expuesto, es posible establecer que las medidas contenidas en el capítulo VI de la Ley 789 de 2002 fueron herramientas para flexibilizar la contratación laboral de forma que se pudieran crear nuevos empleos. Por esta razón, a continuación se estudiará si lo propuesto por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez realmente fue logrado y tuvo el impacto deseado en el mercado laboral.

2.3 ¿CUMPLE LA LEY 789 DE 2002 LAS CONDICIONES PARA OPTIMIZAR LAS POSIBILIDADES DE EFICACIA DE UNA NORMA?

Señalados los objetivos de la Ley 789 de 2002, se procederá a ver si estos se realizaron o no, de esta forma, se podrá determinar si la norma fue instrumentalmente eficaz en alguna medida. No obstante, antes de ello, es pertinente estudiar si la ley cumple con las condiciones que Evan propuso como necesarias para que una norma sea eficaz (Cotterrell, 1991 págs. 64 - 66), pues, si lo hace y no es eficaz, la razón de ello puede provenir de la eficacia simbólica. Es importante aclarar que, teniendo en cuenta que el objetivo de este acápite es determinar si la Ley 789 de 2002 satisfizo las condiciones potenciadoras de eficacia, no se aplicarán los requisitos propuestos por Ramón Soriano, ya que estos no provienen del proceso de creación de la ley, de la manera como fue promulgada o de su implementación, sino que son condiciones que dependen de

la sociedad. No siendo posible para una norma cambiar las condiciones de eficacia de la sociedad, salvo que ese sea su objetivo, nos debemos limitar a las condiciones potenciadoras de eficacia en las que sí influye la ley.

Recuérdese que la primera condición recomendada por Evan para que una ley sea eficaz es que ésta debe estar dotada de autoridad y prestigio, lo que se obtiene cuando la ley es promulgada por un legislador elegido democráticamente. Siendo Colombia un país democrático en el que el legislador es elegido mediante voto popular y cada uno de los legisladores actúa en representación de la colectividad que lo eligió, no es necesario entrar a discutir este punto. La reforma laboral, al surtir un trámite en el Congreso de la República y ser aprobada por mayoría, adquirió un estatus de autoridad y prestigio, pues fue aprobada por los representantes de la sociedad después de surtir diferentes etapas de debate, discusión y perfeccionamiento. Aunque hay quienes consideran que esa democracia representativa no es suficiente y abogan por la democracia directa o deliberativa, no se tomará esto en consideración pues excede los límites de este trabajo.

La segunda condición establece la conveniencia de que las normas creadas se ajusten a los principios culturales y jurídicos de la sociedad a la cual van a regular. Al estudiar la ley y sus fines explícitos, se hace patente que ella cumple con esta condición: busca generar empleo, el cual es una de las constantes inquietudes de toda sociedad. Sea cual sea la colectividad que se estudie, el empleo parece ser uno de los temas centrales, pues es una fuente de bienestar y recursos. En Colombia, en específico, éste es supremamente relevante: en un país lleno de diferencias y luchas de clases, donde el Estado no puede satisfacer las necesidades más básicas de los individuos (vivienda, estudios superiores o un seguro contra el desempleo que lo proteja en esa situación tan difícil), el empleo se convierte en uno de los pocos mecanismos existentes para la supervivencia de los más vulnerables o en un para vivir bien y mejor.

Por otro lado, la norma también se ajusta a los principios jurídicos colombianos, concordando perfectamente con la Constitución Política, en tanto busca que el derecho al trabajo sea protegido y garantizado al generar más empleos. En ese sentido, se debe considerar que la ley, al flexibilizar las condiciones laborales, también trata de desincentivar a los empleadores de recurrir al empleo informal, que era lo que estaba ocurriendo durante la crisis. Flexibilizando la regulación laboral, la normatividad en cuestión intentó actualizar al derecho para que éste se adaptara a las nuevas tendencias de la sociedad, al mismo tiempo que ejercía su poder regulatorio para controlar que esas tendencias no violaran los derechos de las personas. Así las cosas, la segunda condición se cumple a cabalidad.

La tercera condición requiere que las normas creadas prescriban conductas realizables, es decir, que esté dentro de las capacidades de los destinatarios acogerse al comportamiento regulado sin que actuar de dicha manera suponga un

sacrificio que ellos no estén dispuestos a hacer para vivir en sociedad. En este aspecto, la conducta que se quiere incentivar es la creación de empleos, y para ello se crean algunos beneficios para los empleadores, quienes son los destinatarios de las normas de flexibilidad. La ley trata de eliminar el obstáculo principal que tienen estos sujetos para contratar más trabajadores: su costo. Al impulsar la contratación laboral mediante la creación de incentivos y, en teoría, eliminar los obstáculos que desestimulan su puesta en marcha, la Ley 789 de 2002 creó una regulación que no supone ningún sacrificio para sus destinatarios. En efecto, lo que prescribe la norma no es irrealizable y puede incluso traer beneficios para los empleadores que decidan aplicarla, por ello, estos deberían estar dispuestos a seguirla. Así las cosas la tercera condición se da por cumplida.

Sobre la cuarta condición que plantea Evan no hay mucho qué decir, ya que el Congreso, al expedir la norma, estableció que ésta entraba a regir desde su publicación, es decir, tuvo una aplicación inmediata y, por esta razón, evitó los problemas que según el autor ocurren cuando la norma es aplicada de manera mediata. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta condición ignora el hecho de que antes de la publicación de una ley y durante su creación los sectores que se verán afectados por ella buscarán el modo de influenciar su elaboración de tal forma que ésta los perjudique menos o los beneficie más. Si estos grupos de interés son tomados en consideración en el proceso de creación de la norma, en algunas ocasiones, ella puede llegar a ser mucho más legítima – y por tanto eficaz – que si el procedimiento se realiza únicamente entre legisladores. En el caso bajo análisis, los sindicatos y empleadores trataron de ejercer una fuerte presión sobre el Congreso para que éste regulara la norma a su medida, para que favoreciera sus respectivos intereses. Sin embargo, considerando el fin de la normatividad, lo que prevalecieron fueron los intereses de los empleadores; los trabajadores formales debieron aceptar rebajar sus condiciones laborales para que otras personas del sector informal pudieran entrar al formal. Es por ello que esta ley nunca ha sido del agrado de los sindicatos y han buscado derogarla constantemente.

La quinta condición que propone William M. Evan tiene dos (2) aspectos, el primero es un compromiso del gobierno con la norma emitida y el segundo consiste en que, en virtud de ese compromiso con la normatividad promulgada, el gobierno sea el primero en cumplir con lo ordenado por ella. En el primer sentido, se puede evidenciar que el gobierno ha estado completamente comprometido con la reforma laboral. En las diferentes ocasiones en que se ha sugerido que la norma sea derogada, éste siempre ha salido a defenderla explicando la necesidad de que exista y los beneficios de ésta para combatir el desempleo en el país. Frente al segundo aspecto (que el gobierno cumpla con las conductas prescritas), éste no es aplicable, pues los artículos de la norma que se han estudiado en este trabajo no le imponen ninguna obligación al Estado ni le incentivan a realizar alguna conducta, es decir, el gobierno no es un destinatario de la regulación. Los

únicos destinatarios de las normas que flexibilizan el régimen laboral en el alcance analizado en el presente trabajo son los empleadores.

Las condiciones sexta y séptima tampoco son aplicables a la normatividad en consideración. En cuanto a la primera, la Ley 789 de 2002 no establece sanciones negativas o positivas, ya que, si bien el legislador estableció unos incentivos para los empleadores, estos no son regulados a través de sanciones. En este caso, no hay una relación de “si X, entonces Y”; lo que se presenta es una norma cuya misma aplicación es un beneficio, es más bien una relación de “al hacer X, obtendrás Y”. Así pues, no hay sanciones negativas ni positivas, tampoco una actuación obligatoria; lo que existe es una conducta facultativa en la que el gobierno no se inmiscuye, razón por la cual no puede ordenar su cumplimiento (tal como sucede en el caso de las normas prohibitivas u obligatorias).

Finalmente, la séptima condición establece que se deben proteger los derechos de las personas que se ven afectadas por la violación de la norma. No obstante, como ya se vio, y como explica Kelsen, con respecto a las normas facultativas, el individuo tiene la opción de hacer o no lo estipulado por la normatividad y, cuando lo hace, se dice que aplica el derecho, pero, cuando no lo hace, no se puede decir nada ya que el ejercicio de la potestad es optativo (Kelsen, y otros, 2005). Como las conductas que prescribe la Ley 789 de 2002 en su Capítulo VI son facultativas, si los empleadores no las acogen, no hay un quebrantamiento de la misma, lo que significa que no hay a quien proteger de esa acción pues ésta no daña a nadie.

De la anterior comprobación se ha obtenido como resultado que la Ley 789 de 2002 satisface los criterios necesarios para optimizar sus posibilidades de eficacia – al menos los que son aplicables a su caso –, por tanto, según las condiciones propuestas por Evan, la norma debería ser eficaz. Esa es la cuestión que el trabajo procederá a determinar: es o no eficaz la reforma laboral.

2.4 LA EFICACIA INSTRUMENTAL DE LA LEY 789 DE 2002

Se debe aclarar que, aunque existen estadísticas actuales sobre el mercado laboral en Colombia, el trabajo se restringirá al análisis de la eficacia de la Ley 789 de 2002 en el período 2002-2004 debido a que la mayoría de estudios que examinan su puesta en marcha fueron realizados o se refieren a esos años. Igualmente, esas investigaciones que se consideraron en el presente trabajo ayudan a distinguir los efectos de la reforma legislativa sobre el mercado laboral, separándolos de las consecuencias que tuvo el crecimiento económico que vivió el país a partir del año 2003 sobre ese mismo mercado. En ese sentido permiten una mejor exploración que la simple consideración de los datos presentados por el DANE. Si bien los estudios no son de años recientes, son los únicos que se han

hecho donde se analiza de manera específica la eficacia instrumental de la norma¹³.

El documento principal sobre el que gira este trabajo y que ayuda a determinar la eficacia instrumental de la norma en cuestión es el del economista Alejandro Gaviria (Gaviria Uribe, 2004). En este estudio el autor se centra en las normas de la Ley 789 de 2002 que flexibilizan el derecho laboral en Colombia y, por ende, afectan directamente el mercado de trabajo; además, tiene como objetivo prioritario *“aislar los efectos de la reforma laboral sobre la generación de empleo, la formalización del empleo y la disminución del subempleo”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 9). La razón de este énfasis en esa investigación se debe a que la mayoría de los demás estudios publicados sobre el tema parten o hacen referencia a él en tanto que es un análisis amplio, acertado y utiliza una metodología adecuada para el estudio que se pretende hacer del asunto a tratar¹⁴.

Por otra parte, a pesar de que el estudio anteriormente citado fue elaborado con la colaboración y el patrocinio del Banco de la República, inicialmente éste no fue publicado debido a que las conclusiones expuestas por el autor no fueron las esperadas y podían resultar perjudiciales para el gobierno. Esta situación habla aún más de la posible mirada objetiva que dicho documento tiene sobre la situación actual del país y la real eficacia de la reforma laboral consagrada en la Ley 789 de 2002.

El análisis del autor, centrado en las 13 principales áreas metropolitanas del país, se basó en tres fuentes principales de información: *“(i) cifras oficiales sobre la ejecución presupuestal y la cobertura de los programas de subsidios al desempleado y al empleo; (ii) cifras de la Encuesta Continua de Hogares sobre la evolución reciente del mercado de trabajo; y (iii) cifras de una encuesta empresarial, diseñada especialmente para este trabajo, la cual consulta directamente la opinión de gerentes y dueños de empresa sobre los efectos de la reforma”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 3).

La estrategia utilizada por Gaviria para aislar los efectos de la reforma de aquellos efectos que puedan ser causados por otras normas con incidencia directa o

¹³ Ver, por ejemplo, Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2005), Guataquí, y otros (2009) o Núñez Méndez (2005).

¹⁴ El método que utiliza este autor es el de diferencias en diferencias. De acuerdo con un estudio de la Universidad Externado *“El método de las diferencias en diferencias consiste en la identificación de una intervención específica o tratamiento (generalmente, la aprobación de una ley) con respecto a la cual quiere comprobarse alguna relación de causalidad; y, luego, en la comparación de la diferencia de resultados obtenidos, antes y después de la intervención, para grupos afectados por la misma con aquellos obtenidos para grupos no afectados”* (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2005 pág. 15). Para mayor información sobre su aplicación, se puede acudir al estudio de Alejandro Gaviria (Gaviria Uribe, 2004).

indirecta sobre el mercado laboral puede ser fácilmente explicada en sus propias palabras:

“La estrategia está basada en dos supuestos cruciales sobre los efectos diferenciales de la reforma: (i) que los mismos son mayores en el comercio y en los servicios que en la manufactura, y (ii) mayores también en las empresas grandes y medianas que en las pequeñas. El primer supuesto se justifica por la naturaleza de las actividades involucradas: una firma del sector comercio o servicios puede fácilmente extender su jornada de trabajo unas cuantas horas. Una firma manufacturera, por el contrario, tendría que adicionar un turno completo si quisiese aumentar la intensidad diaria de trabajo. Dicho de otro modo: mientras un aumento marginal en la extensión de la jornada es factible en el comercio y los servicios, no lo es así en la manufactura, donde los aumentos tienden a ser discretos (o por turnos completos). Así las cosas, puede argüirse que la reforma laboral (y, en particular, la ampliación de la jornada ordinaria de trabajo) debió haber tenido en efecto mayor en los servicios y el comercio que en la manufactura.

De otro lado, el efecto de la reforma tiende a ser menor en las empresas pequeñas que en las grandes y medianas, simplemente porque la informalidad estructural de las primeras las hace menos sensibles a los cambios normativos” (Gaviria Uribe, 2004 págs. 11 - 12).

La estrategia empírica consiste, entonces, en comparar los resultados del comportamiento del mercado laboral antes y después de la reforma para el sector de servicios (o comercio), y luego confrontar la diferencia con los resultados obtenidos por el sector manufacturero; lo mismo se hizo con las empresas grandes y medianas y las pequeñas. Si los efectos positivos se producen antes o en mayor medida en los sectores de comercio y servicios o en las empresas grandes y medianas, se puede deducir que la reforma tuvo un efecto positivo; por el contrario, si el comportamiento de los sectores o las empresas es el mismo o es mejor en el sector de manufactura o en las empresas pequeñas, se puede establecer que la reforma probablemente no tuvo ninguna injerencia sobre el mercado laboral.

Cabe anotar que el autor recurre a un argumento de autoridad para reforzar la plausibilidad de los supuestos anteriores pues consideraba probable que estos fueran cuestionados. Por ello, recurrió a 15 expertos nacionales sobre los efectos diferenciales de la reforma y les preguntó *“si esperaban un mayor efecto de la reforma sobre el comercio y los servicios que sobre la manufactura, o en las empresas grandes y medianas que en las pequeñas. 63% manifestó que esperaba un mayor efecto en los sectores de comercio y servicios frente al sector manufacturero. Y 75% manifestó que esperaba un mayor efecto en las empresas grandes y medianas frente a las pequeñas”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 12). Dichos

resultados respaldaron las conclusiones a las que había llegado el economista y en las cuales basó los supuestos de su metodología.

Tomando este punto de partida, el autor procede a determinar si la Ley 789 de 2002, con la reducción de los costos laborales que estableció, tuvo algún efecto sobre la ocupación, la formalización del empleo y el subempleo por insuficiencia de horas¹⁵, aspectos en los que, como ya se mencionó en el acápite de objetivos de la norma, se pretendía influir de manera positiva. Sin embargo, cabe mencionar que las conclusiones a las que llega el economista no son definitivas ya que, por un lado, las medidas adoptadas pueden requerir un período de ajuste y, por otro lado, los resultados no siempre arrojan conclusiones permanentes.

En primer lugar, sobre el tema de la ocupación, el autor, encuentra que durante el período estudiado, la tendencia creciente del empleo fue evidente. En este tiempo se generaron aproximadamente 650.000 empleos netos (Gaviria Uribe, 2004 pág. 15). No obstante, la tendencia al aumento del empleo empezó antes de la reforma y no pareció modificarse con la promulgación de ésta pues no hay un aumento sustancial en la dinámica de generación de empleo entre 2002 y 2003. De manera más específica, el comportamiento de la ocupación en las variables de estudio (manufactura, comercio y servicios y empresas de determinados tamaños) no mostró muchas diferencias: el crecimiento fue casi igual en cada una de ellas.

Así mismo, cuando Gaviria observa la incidencia de la reducción de los costos laborales sobre la ocupación y aplica la estrategia anteriormente descrita para distinguir los efectos de la reforma laboral de cualquier otra norma que también haya podido incidir en la ocupación del mercado laboral, encuentra que la creación de empleo *“no cambió de manera positiva en el comercio y los servicios respecto a la manufactura con posterioridad a la aprobación de la reforma. Este resultado sugiere que la reforma laboral jugó un papel subsidiario (o nulo) en la generación de empleo”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 22).

Incluso, de la encuesta realizada a las empresas sale uno de los datos más sorprendente en este tema para el autor: *“la pequeña fracción de empresas (inferior a 3%) que mencionaron la reforma laboral como un factor determinante en la expansión del empleo. Más que la reforma, el grueso de las empresas citaron la mayor demanda presente (o las expectativas de una mayor demanda futura) como el factor preponderante. Para completar, ninguna de las empresas encuestadas*

¹⁵ Según los estándares de definición internacionales, el subempleo por insuficiencia de horas *“existe cuando las horas de trabajo de una persona ocupada son insuficientes en relación con una situación de empleo alternativo que esta persona desea desempeñar y está disponible para hacerlo”* (Decimosexta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo 1998, pág. 2). Las personas en esta situación deben reunir tres (3) criterios: i) Desear trabajar más horas, ii) Estar disponibles para trabajar más horas, y iii) haber trabajado menos de un límite de horas determinado.

señaló que la reforma jugará un papel importante en las contrataciones futuras” (Gaviria Uribe, 2004 pág. 26). Para Gaviria, los resultados de las encuestas:

“no sugieren un efecto sustancial de la reforma sobre la generación de empleo. Tanto la evidencia directa, basada en las respuestas de los representantes de las empresas entrevistadas, como la evidencia indirecta, basada en las diferencias sectoriales medidas a partir de las ECH, indican que los efectos sobre el empleo fueron marginales. La reforma laboral fue mencionada como un factor determinante en la generación de empleo por un porcentaje irrisorio de los encuestados. Y las diferencias sectoriales en la probabilidad de ocupación no son consistentes con lo que debería esperarse. Con todo, los resultados son negativos, y claramente inconsistentes con la cifra de 200.000 empleos por año citada durante la discusión parlamentaria” (Gaviria Uribe, 2004 pág. 28).

En segundo lugar, el autor estudia el efecto de la reforma laboral sobre la formalización del empleo. El comportamiento de esta última durante el período estudiado (2001 - 2004) fue similar al de la ocupación, es decir, presentó un aumento leve. Muestra de ello es el porcentaje de cotizantes a salud y a pensiones (así como el indicador tradicional de la OIT basado en el tamaño de la firma empleadora): en el 2004 éste tuvo un aumento en comparación con el del período 2001 – 2003 (Gaviria Uribe, 2004 pág. 16).

Sin embargo, esos resultados no cobijaron a las poblaciones especiales objetivo de la reforma. Con respecto a los jóvenes, a los trabajadores no calificados o a las mujeres, Gaviria establece que *“los trabajadores no calificados parecen haber perdido participación en el empleo formal. En particular, la proporción de trabajadores no calificados que cotiza a pensiones disminuyó dos puntos respecto a la proporción correspondiente para los trabajadores calificados. Algo similar ocurrió con los jefes de hogar”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 17).

Igualmente, al aplicar la estrategia para identificar los efectos aislados de la reforma laboral, el autor halla que ni en el sector de servicios y comercio ni en las empresas grandes y medianas fue mayor la formalización que en el sector de la manufactura y en las empresas pequeñas; es más, los cotizantes a salud y pensiones disminuyeron en el comercio respecto a los de la manufactura. Asimismo, observó que *“los cotizantes a salud aumentaron mayormente en las empresas pequeñas que en las grandes y medianas. Y segundo, que las diferencias por tamaño de empresa son menores cuantitativamente y no significativas estadísticamente en cuanto a los cotizantes a pensiones”* (Gaviria Uribe, 2004 pág. 23).

Con motivo de lo anteriormente señalado, los resultados del estudio no parecen mostrar un efecto de la reforma sobre la formalización del empleo. Como asevera el economista, *“Las diferencias sectoriales y las diferencias entre empresas*

grandes y pequeñas en los porcentajes de afiliación a la seguridad social así lo señalan. Al mismo tiempo, la evidencia muestra que los avances recientes en formalización no beneficiaron mayoritariamente a la población más vulnerable” (Gaviria Uribe, 2004 pág. 28). Incluso, el autor afirma que podría decirse que la reforma perjudicó a este grupo de personas (Gaviria Uribe, 2004 pág. 17).

Finalmente, respecto al comportamiento del subempleo por insuficiencia de horas, Gaviria muestra cómo éste aumentó entre el año 2003 y el año 2004 en un punto porcentual. Además, salvo en el sector servicios, las cifras encontradas no indican grandes cambios en la intensidad horaria durante el tiempo estudiado. Al utilizar la estrategia de diferenciación de efectos entre sectores y tipos de empresa, los resultados obtenidos son inconclusos y un tanto contradictorios. En ellos es posible evidenciar una mayor disminución en el subempleo en los sectores de comercio y servicios que en el de manufactura, lo que indicaría un efecto positivo de la norma, al mismo tiempo que una disminución más pronunciada del mismo en las empresas pequeñas sobre las grandes, lo que negaría dichos efectos positivos. Según el autor, esto podría ser interpretado por algunos a favor de la normatividad:

“Los resultados también sugieren que la reforma pudo haber ayudado a disminuir el subempleo por insuficiencia de horas. La disminución del subempleo y el aumento de las horas trabajadas con posterioridad a la reforma, en particular en el sector servicios, apuntan en esta dirección. Este resultado pudo asociarse con la disminución de los costos laborales ocasionada por la extensión de la jornada diurna de trabajo” (Gaviria Uribe, 2004 pág. 27).

Observando los anteriores resultados y lo que ellos significan el autor llega a una conclusión generalizada sobre los efectos de la Ley 789 de 2002:

“En suma, la reforma no afectó adversamente la calidad del empleo pero tampoco ha resultado eficaz para impulsar la demanda por empleo formal y para potenciar los efectos de la recuperación económica. Así, el comportamiento favorable del mercado laboral observado durante los últimos meses parece obedecer más al comportamiento económico que a los cambios aprobados. Algunas normas (como las que dieron vida a los programas de estímulo al empleo) ameritan una revisión, otras (como la que disminuyó los costos de despido para los trabajadores más antiguos) necesitan un tiempo prudencial para ser evaluadas aunque parecen benéficas en teoría. Y otras más (como la ampliación de la jornada ordinaria) no tuvieron los efectos esperados y su discusión depende más de criterios normativos que positivos pues los efectos distributivos parecen haber sido mayores que los de eficiencia” (Gaviria Uribe, 2004 págs. 28 - 29).

En cuanto a los fines de esta tesis, trabajos como el de Gaviria hacen posible concluir que la reforma laboral propuesta por el gobierno y emitida por el congreso no ha sido muy efectiva; la mejoría que tuvo el mercado laboral colombiano a partir del año 2002 debe ser atribuida a otros factores y a otras leyes emitidas durante ese mismo periodo. Como se menciona en un estudio de la Universidad Externado de Colombia sobre el tema:

“el aporte de la reforma laboral a los cambios ocurridos recientemente en el mercado de trabajo colombiano ha sido de dimensiones mucho menores, comparado con aquel provocado por el conjunto de los siguientes factores: el crecimiento de la ocupación provocado por el natural incremento de la población en edad de trabajar, las reformas pensional y tributaria, la política de seguridad democrática, la ampliación de las ventajas arancelarias otorgadas por Estados Unidos a finales de 2002, la perspectiva de la firma de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, los estímulos a la inversión productiva y, sobre todo, la enigmática variabilidad de los resultados ocupacionales de las encuestas de hogares” (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2005 pág. 12).

Ahora bien, si todo lo anterior es cierto, es decir, si la Ley 789 de 2002 no fue responsable de los cambios en el mercado laboral colombiano, si los resultados han sido escasos y verdaderamente inferiores a los propuestos, ¿por qué el gobierno insiste en que la reforma laboral debe mantenerse y no se debe volver al esquema laboral anterior? Como ya ha sido mencionado, la respuesta podría encontrarse en la eficacia simbólica.

2.5 LA EFICACIA SIMBÓLICA DE LA LEY 789 DE 2002

Con miras a determinar si en efecto la Ley 789 de 2002 tiene algún tipo de eficacia simbólica, es necesario precisar en qué medida se puede aplicar el marco teórico reseñado en el capítulo primero de la presente tesis en lo referente a este tema. Lo primero que debe establecerse es qué tipos de eficacia simbólica pueden ser pregonados de la reforma laboral para así encontrar los posibles verdaderos motivos por las cuales se emitió la normatividad y por las que permanece a pesar de no tener un buen grado de eficacia instrumental.

Como se expuso anteriormente, las diferentes clases de eficacia simbólica no son excluyentes entre sí, es por ello que, al intentar subsumir la norma presente dentro de las formas de eficacia simbólica estudiadas, se encontró que dos (2) de ellas se ajustan al caso en particular estudiado en la presente tesis: la eficacia originada y la eficacia performativa. Los demás tipos de eficacia simbólica no son aplicables al precepto normativo que se analiza por diferentes razones, las cuales se procederán a explicar.

En primer lugar, la eficacia convencional no tiene relación alguna con el caso presente, debido a que el fin de ésta es generar un consenso entre diferentes sectores de la población que tienen intereses contrapuestos. Con la promulgación de la Ley 789 de 2002, la intención no fue crear un consenso, ni siquiera entre los sectores opuestos en las relaciones de trabajo, trabajadores y empleadores; es más, ya se anotó cómo la norma privilegia a los últimos sobre los primeros. Aunque se podría decir que la regulación laboral también trataba de satisfacer los intereses de los trabajadores ofreciendo mayor empleo por una desmejora en las condiciones laborales, no era seguro que éste se incrementara, a diferencia de la certeza de los beneficios otorgados a los empleadores. Además, no se puede decir que hubiera un conflicto entre las partes, aunque éstas pudieran tener ideas diferentes sobre lo que constituye un trabajo justo y digno. De acuerdo con lo anterior, es claro que la eficacia convencional no es aplicable a la reforma laboral.

Por su parte, la eficacia de selección o aprendizaje no es pertinente en tanto ésta existe cuando las normas se crean sin objetivos o enunciados claros, cosa que no ocurre en la Ley 789 de 2002. En cuanto a la eficacia sobreviniente, tampoco es necesario estudiarla, ya que ésta se da cuando la norma se crea a sabiendas de que podrá ser aplicada a voluntad de los órganos administrativos del Estado. En el caso de la reforma laboral, al ser la norma de tipo facultativo, la administración no tiene la obligación de actuar de ninguna manera, es decir, la aplicación depende de la discrecionalidad y voluntad de los empleadores. Así, la eficacia simbólica que surge de crear una ley por aprovechamiento político, dejando su aplicación a otros órganos, no es aplicable a la Ley 789 de 2002; ella es creada con otros objetivos en mente. Finalmente, la eficacia substancial no se ajusta al caso de la reforma laboral de 2002 puesto que la intención instrumental de la norma no es ser un símbolo de algo. La función simbólica de la regulación no es deseada abiertamente, cosa que sí ocurre en la eficacia substancial, donde eficacia instrumental y simbólica son lo mismo.

Aclaradas las razones por las cuales sólo se estudiarán dos (2) clases de eficacia simbólica (la originada y la performativa), se procede a explicar cuáles fueron las conclusiones a las que se llegó con respecto a la Ley 789 de 2002. Antes de iniciar, es preciso puntualizar que estas son posibles respuestas a la pregunta sobre la presencia de algún tipo de eficacia simbólica en este precepto jurídico, pero no se considera que sean las únicas.

2.5.1 Eficacia Originada. El primer tipo de eficacia que se tratará será la eficacia originada, la cual, como se estableció en el marco teórico, se presenta cuando la ley es creada para que sea aplicada, pero los efectos que genera su puesta en marcha son diferentes a aquellos propuestos por el emisor.

Para el caso específico de la Ley 789 de 2002, es posible afirmar que los destinatarios de la norma, los empleadores, sí han llevado a la práctica los

preceptos contenidos en la reforma laboral. No obstante, lo que no han hecho es crear los empleos que se esperaba con dicha regulación. Esto se debe a que, al reducir los costos laborales, se presumía que los empleadores contratarían nuevos trabajadores, pero el resultado fue que éstos escogieron seguir con los empleados que tenían en el momento y aprovechar el dinero obtenido de la reducción de los costos de mano de obra para otras cosas, como inversión en bienes de capital.

Ahora bien, ¿cuáles pueden ser algunos de esos objetivos que no aparecieron explícitos en la exposición de motivos de la Ley 789 de 2002 pero que se tornan evidentes al momento de su puesta en práctica? Según las consideraciones que se procederán a explicar a continuación, la finalidad que se encuentra en el trasfondo de la reforma laboral es la atracción de capitales extranjeros. La aplicación de la norma en cuestión parece haber generado más resultados en el campo de la inversión económica extranjera (IED) que en el del mercado laboral. Pero, entonces, ¿por qué no se puso de manifiesto esta situación? Posiblemente la respuesta a dicha pregunta radica en que hubiera sido mal visto decir que se iban a reducir los derechos de los trabajadores para aumentar el beneficio de las empresas y de esa forma volver a Colombia atractiva a nivel internacional. Era más fácil sostener que la reforma les quitaría algunos derechos a los trabajadores para favorecer a la población colombiana en general, la cual necesitaba salir del desempleo que la consumía.

La inversión extranjera directa de acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y el Desarrollo *“refleja el interés de largo plazo de una entidad residente en una economía (inversor directo) en una entidad residente en otra economía (inversión directa). Cubre todas las transacciones entre los inversores directos y la inversión directa, lo cual significa que cubre no sólo la transacción inicial, sino que también las transacciones subsecuentes entre las dos entidades y el resto de empresas afiliadas”* (Ramírez, y otros, 2006 pág. 5). Ella se ha considerado como un elemento de gran importancia para cualquier Estado, ya que *“tiene el potencial de generar empleo, aumentar la productividad, transferir conocimientos especializados y tecnología, aumentar las exportaciones y contribuir al desarrollo económico a largo plazo de los países en desarrollo de todo el mundo”* (UNCTAD pág. 1).

Según Pablo Marquez:

“Se ha determinado que la inversión extranjera es un factor que contribuye al crecimiento económico, ya que facilita la transferencia de tecnología y conocimientos en técnicas de producción, de mercadeo y de gestión en mercados extranjeros donde la competencia permite la existencia de persistentes incrementos en la productividad de los factores. Por otro lado, las mayores entradas de divisas permiten a los países receptores de dicha inversión aliviar desequilibrios generados en la balanza de pagos y a su vez

aumentar la capacidad productiva de la economía, lo cual conlleva a un mayor crecimiento” (Márquez, 2004 pág. 6).

De esta forma, la IED surge de las teorías del comercio internacional en competencia imperfecta. Su resultado, la localización de la producción, ocurre con motivo de los recursos que posee el país receptor de la inversión extranjera. Los recursos presentes le garantizan ciertas ventajas al inversionista por su abundancia y posibilidad de uso intensivo. Ello es así porque hacer un producto es más barato donde están las materias primas para su fabricación, por tanto, para una empresa grande, resultaría más fácil y económico crear varias filiales en los países donde se encuentran dichas materias primas que importarlas o mandarlas hacer a otras compañías (Márquez, 2004 pág. 5).

En este mismo sentido, para Ramírez y Flórez, los inversionistas extranjeros pueden decidir invertir en un país diferente al suyo por diversas razones, principalmente para ampliar el mercado al cual se dirigen sus productos y por razones de costos (Ramírez, y otros, 2006). En estas últimas encontramos gastos tales como los costos de transporte, pues la IED puede recortar las distancias que tiene que recorrer los productos para llegar a su mercado internacional de destino, lo que impacta en la rentabilidad del negocio; los costos de insumos, ya que la presencia en mercados extranjeros permite el acercamiento a proveedores clave que pueden brindar materias primas a menores costos o más especializadas; los costos laborales, cuyo peso es primordial, sobre todo en empresas provenientes de países industrializados; y finalmente, los costos arancelarios o incentivos fiscales, importantes cuando el inversionista quiere acceder a un mercado y le resulta muy costoso por las barreras arancelarias, por lo que resulta más provechoso producir desde y para el mercado internacional¹⁶.

Sin negar la importancia de todas estas motivaciones, para los fines de este trabajo se profundizará específicamente en una de estas razones: el acceso a un mercado laboral flexible y una mano de obra barata. Los motivos de este énfasis se encuentran tanto en el ámbito de las relaciones de trabajo como en el económico. Como afirman Carlos Enrique Ramírez y Laura Flórez *“El acceso a un mercado internacional en ocasiones puede responder al interés que tiene una empresa en aumentar sus niveles de producción, con el fin de bajar el costo promedio por unidad producida y así aprovechar las economías de escala. Esta reducción de costos puede deberse a una mayor dispersión de los costos fijos a*

¹⁶ Igualmente, hay razones de mercado que motivan la inversión extranjera directa, entre ellas podemos nombrar la flexibilización del mercado externo, la respuesta más rápida y efectiva al cliente, o la posibilidad de manejar un plan propio de ventas y escoger los recursos humanos, los proveedores y las estrategias de logística. Igualmente, la IED puede facilitar un mayor posicionamiento de la marca en el mercado, así como también un mayor control sobre el producto, al no requerirse de terceros que lo comercialicen ni la entrega de información sobre aspectos relacionados con la producción, mercadeo y logística del negocio (Ramírez, y otros, 2006 págs. 13 - 16).

causa del mayor número de unidades producidas, a compra de materias primas a menor costo, o al aprendizaje obtenido gracias a una producción a mayor escala” (Ramírez, y otros, 2006 pág. 11).

En este sentido, un Estado que no cuenta con tecnología de punta, que no invierte gran parte de su recursos en la investigación científica, cuya industria es relativamente pequeña y que tiene mucha población, tendrá como una de sus mayores ventajas competitivas en el espacio internacional su fuerza laboral. Muy bien señalan Ramírez y Flórez, *“La mano de obra barata es también un factor que incentiva la inversión extranjera directa. Este incentivo está presente sobre todo para empresas provenientes de países industrializados que trasladan sus operaciones a países en vía de desarrollo con el fin de reducir los costos laborales” (Ramírez, y otros, 2006 pág. 12).*

Ahora bien, para que esta fuerza laboral realmente incentive a los inversionistas extranjeros a traer sus recursos económicos a un país determinado, su mano de obra debe tener más ventajas que las que poseen otros Estados con condiciones similares; como ya dijimos, debe ser competitiva. En otras palabras, su población en edad de trabajar deberá ser más calificada y más barata que la de otros países que tengan una situación económica, social, cultural y de desarrollo igual o similar. Como se puede observar de los casos de Honduras y Costa Rica:

“Honduras es el proveedor más importante de maquila hacia Estados Unidos. Para este pequeño país centroamericano fue posible ubicarse en el 2005 como el tercer exportador de ropa hacia Estados Unidos, siendo superado únicamente por China y México. Uno de los principales motivos del desarrollo de esta industria maquiladora en Honduras es el bajo costo de los salarios en el país; la falta de empleo y la poca educación del recurso humano han empujado a la baja el costo salarial, hasta convertir al país en un gran receptor de inversiones provenientes de empresas de confecciones y textiles intensivas en mano de obra. Sin embargo, el bajo costo de la mano de obra no es el único factor que puede atraer la IED; la competitividad puede medirse también a otros niveles como es el grado de capacitación de población. Tal fue la principal razón que motivó a Intel en 1997 a iniciar operaciones en Costa Rica e instalar eventualmente dos plantas de manufactura y un centro de distribución. En la evaluación de posibles países receptores, Costa Rica pudo ganarle la batalla a fuertes competidores gracias a que su población contaba con el grado más alto de escolaridad. El gobierno de este país ha hecho un gran esfuerzo para educar a la población al punto de familiarizarla con la informática y el idioma inglés, una ventaja que se complementa con el costo salarial que sigue siendo muy bajo en comparación a los países industrializados” (Ramírez, y otros, 2006 pág. 13).

De igual manera, los doctores Philip B. Whyman y Mark Baimbridge confirman la importancia de la flexibilidad y los bajos costos laborales, “(...) *examinando aquellas características que conforman la base para la flexibilidad en el mercado laboral*” (Whyman, y otros, 2006 pág. 36). En su trabajo encontraron que:

“los cuestionados identificaron la existencia de una fuerza laboral altamente entrenada o capacitada como el atractivo más importante de inversión extranjera directa, seguida por los elementos de flexibilidad numérica, en especial el uso flexible del tiempo de trabajo y la movilidad laboral, la flexibilidad funcional, vía la facilitación de multi-capacitación y la reducción de la diferenciación en el lugar de trabajo, junto con la regulación sobre protección al trabajo y flexibilidad salarial. Por consiguiente, estos son los elementos de la flexibilización del mercado laboral en los cuales los gobiernos deben concentrar sus recursos para maximizar el flujo de inversión extranjera¹⁷” (Whyman, y otros, 2006 pág. 36).

Centrándonos en el caso de Colombia, las políticas instauradas en el país parecen querer maximizar la ventaja competitiva a la que nos estamos refiriendo y fortalecer otras áreas importantes para la IED. El gobierno de Álvaro Uribe, que, como dijimos, comenzó en el año 2002 y fue el promotor de la Ley 789 de 2002, enfocó gran parte de su política económica en atraer inversión extranjera, es decir, implementar diferentes medidas tendientes a volver Colombia un territorio más competitivo y atractivo para los inversionistas extranjeros. Esta intención la podemos evidenciar desde el mismo programa de gobierno que presentó cuando aún era un candidato: *“El Estado promueve la creación de empleo a través de la inversión, que tiene un alto multiplicador por cada peso aplicado, y lo destruye con el clientelismo, que no puede expandir recursos gastados”* (Uribe, 2002). La frase es muy dicente con respecto a la importancia que el expresidente Uribe le otorgaba a la inversión como creadora de empleo.

De esta forma, conociendo las posibilidades de la fuerza laboral colombiana y teniendo claro que es un factor de atracción de inversionistas extranjeros, el nuevo gobierno incluyó dentro de las acciones para mejorar el clima de inversión en el país medidas de reducción de costos laborales y flexibilización del régimen laboral. De las diferentes publicaciones de Proexport Colombia¹⁸ se puede identificar claramente ese interés que desde un principio tuvo en mente y aplicó el gobierno colombiano actual en esta área para sacar adelante su objetivo de atraer IED al país:

“La promoción de la inversión extranjera en el país es una prioridad para el Gobierno, razón por la cual se adelantan acciones conducentes a mejorar el

¹⁷ Traducción propia.

¹⁸ Organización encargada de la promoción comercial de las exportaciones no tradicionales, el turismo internacional y la Inversión Extranjera en Colombia.

clima de inversión en el país y para vincular nuevos capitales al aparato productivo nacional. Resultado de esta prioridad se reformó el Artículo 58 de la Constitución Política, que garantiza una indemnización plena por cualquier caso de expropiación.

Así mismo, se han abierto canales de comunicación ágiles y permanentes con el sector privado con el fin de identificar los instrumentos que estimulen el ingreso de capitales externos; también se adelantan esfuerzos para fomentar Alianzas Estratégicas entre empresarios colombianos y extranjeros, logrando así un fortalecimiento de la industria nacional, y ofreciendo a los inversionistas oportunidades de exportación a mercados ampliados como el de la Comunidad Andina y el aprovechamiento de las condiciones de acceso preferencial.

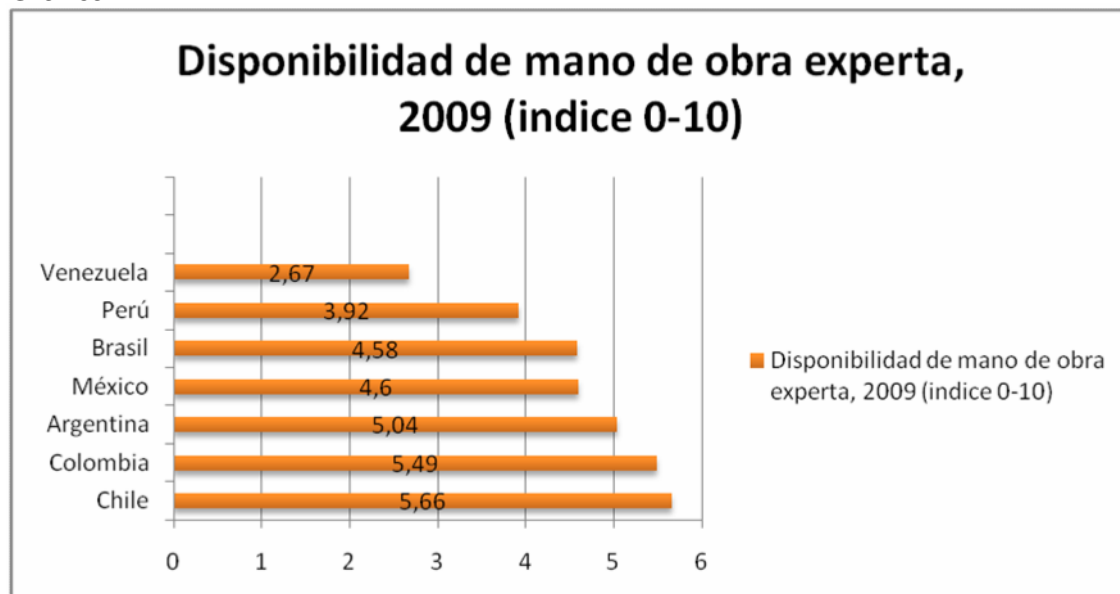
El Gobierno reconociendo la importancia de continuar garantizando al inversionista extranjero un marco jurídico estable y predecible, y unos altos estándares de protección; para lograr una mayor participación de los inversionistas extranjeros, e incrementar la actividad exportadora del país y por ende el desarrollo de la economía nacional; adelanta acciones conducentes a lograr acuerdos de estabilidad jurídica, y una agresiva acción de diplomacia económica mediante la negociación de acuerdos de protección a los inversionistas” (Proexport Colombia, 2002 pág. 2).

En desarrollo de ese fin, el campo laboral sufrió una gran transformación en el ordenamiento jurídico para volverlo más atractivo, situación que se tornó cada vez más evidente en los documentos y presentaciones elaboradas por Proexport y otros organismo estatales en los años recientes para incentivar la inversión extranjera en el territorio. En ellas, es posible encontrar secciones de gran calado en las que se promueve a Colombia como un país con un régimen laboral flexible y unos costos laborales reducidos. Veamos algunos ejemplos:

En las breves descripciones de las razones para invertir en el país, Proexport exalta el capital humano como el mejor activo que Colombia tiene; ella “*es líder regional en emprendimiento y tiene la mayor fuerza laboral en crecimiento según el IMD 2009*” (Proexport Colombia, 2010). Igualmente, en el informe “*Invierta en Colombia*” se cita a la firma PriceWaterHouseCooper afirmando que el país tiene “*la fuerza laboral más productiva en Suramérica*” (Proexport Colombia; Colombia es Pasión, 2010 pág. 11).

Incluso, en la siguiente gráfica se puede observar cómo Colombia ha sido evaluada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Gerencial como el segundo país en América Latina en mano de obra experta.

Gráfica 1



Fuente: (Proexport Colombia, 2010 pág. 11)

Así mismo, Proexport enfatiza en varios de sus documentos que Colombia tiene la regulación laboral que menos obstaculiza las actividades de negocios en la región, pues *“cuenta con el segundo régimen laboral más flexible de Latinoamérica según el Banco Mundial 2008”* (Proexport Colombia, 2010). Esa quizá puede ser la razón por la cual ese tema ha sido incluido, con lujo de detalles, en los documentos elaborados por dicha institución para presentar los aspectos más relevantes en materia legal y tributaria que son aplicables a la inversión extranjera.

Por su parte, la presentación *“Invierta en Colombia, Trabajo Compromiso Ingenio”* elaborada igualmente por Proexport Colombia y por la organización Colombia es Pasión, muestra una serie de ventajas que se obtienen al invertir en el país, poniendo de manifiesto la situación actual, las medidas que se están tomando para dar mayores prerrogativas a la inversión extranjera y los planes que se tienen a futuro para dicho fin. La conclusión consagrada en esta presentación establece que *“en los últimos años, Colombia ha experimentado una notable mejoría en su desempeño macroeconómico, la seguridad interna y la estabilidad de las empresas. Como consecuencia de esto los indicadores sociales han evolucionado de forma dramática”* y *“Colombia ha logrado un sólido crecimiento estructural basado en un incremento en la tasa de inversión y mayores niveles de productividad”* (Proexport Colombia; Colombia es Pasión, 2010 págs. 60 - 61).

Igualmente, el Sistema de Información Minero Colombiano presenta las mismas razones para invertir en el territorio colombiano, siendo, incluso, más específico al respecto:

“Colombia tiene uno de los regímenes laborales más flexibles de América Latina.

- *Jornada laboral diurna extendida desde las 6 a.m. hasta las 10 p.m. Por esta razón, el empleador puede contratar dos turnos de trabajo sin necesidad de pagar horas extras o recargos nocturnos.*
- *Modalidad de contratación de aprendices del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por medio de un contrato de prestación de servicios y sin vinculación laboral con la empresa. De esta manera el empleador no tiene la obligación de pagar prestaciones sociales.*
- *Monto de indemnización por despido sin justa causa reducido” (Sistema de Información Minero Colombiano, 2008).*

Ahora bien, tomando en cuenta todo lo anteriormente expuesto – el interés del gobierno en atraer inversión extranjera desde el año 2002 (momento en que se promulgó la reforma laboral), las medidas que se han tomado para volver a Colombia un país competitivo y, por tanto, más favorable a esa inversión extranjera, y las ventajas que podría tener para cumplir ese objetivo (una fuerza laboral colombiana más barata), se puede concluir que la reforma laboral, aunque pudo haber tenido la finalidad explícita de crear empleos como se dispuso en la exposición de motivos contenida en la Gaceta del Congreso, tenía en su trasfondo, entre otras cosas, la intención de modificar el régimen laboral colombiano para que éste fuera más competitivo, es decir, más barato y flexible.

2.5.2 Eficacia Performativa. Como se dijo en el primer capítulo, la eficacia simbólica performativa tiene como fin crear una ley para satisfacer una demanda de la sociedad o para cambiar la concepción que ésta tiene de algo sin tener la intención verdadera de aplicar dicha norma: lo que importa aquí es la imposición de una representación determinada, en este caso, la regulación del mercado laboral como solución al desempleo.

En este punto, hay que recordar el contexto histórico presentado al principio de este análisis. La situación de Colombia a finales de la década del 90 del siglo pasado y principios del 2000 era la de una crisis nacional generalizada; en ella uno de los puntos más críticos era el del desempleo, el cual alcanzó el 20,1% (López Enciso, y otros, 2006 pág. 3), llegando a ser el más alto de América Latina (Godoy, s.f). Este escenario exigía la implementación de medidas tendientes a mejorar las condiciones del país, tanto de sus ciudadanos como del Estado en sí mismo, de forma que se alcanzara un crecimiento económico anual de por lo menos el cinco por ciento (5%) a partir del cual sería posible aliviar las cargas económicas del Estado y de la población colombiana (Godoy, s.f).

Fue en este contexto que inició el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, el cual tomó como una de las mayores prioridades de sus políticas la disminución del desempleo y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos colombianos. No obstante, el manejo de la situación no era fácil; la opinión pública exigía la implementación de medidas tendientes a reparar la crisis nacional de forma casi inmediata, aún cuando problemas como el desempleo exigían herramientas de aplicación progresiva que conservaran y aumentaran el empleo al tiempo que impulsaban el sector comercial e industrial.

Debido a esas fuertes presiones que pesaban sobre el gobierno colombiano de la época, es posible afirmar que una de las razones por las cuales éste pudo haber impulsado el trámite y expedición de la reforma laboral contenida en la Ley 789 de 2002 en el Congreso de la República era calmar los ánimos de sus nacionales y satisfacer su demanda por soluciones que sacaran al país de la crisis en la que estaba sumido. En este sentido, la normatividad laboral promulgada no fue pensada para realmente remediar el alto índice de desempleo del momento de forma inmediata, sino como un paliativo a las demandas de la sociedad que también sirviera como punto de partida para adquirir el apoyo del pueblo y, sobre todo, de los inversionistas.

Prueba de este afán por satisfacer al pueblo es el ya nombrado programa de gobierno presentado por el ex-presidente Uribe durante su candidatura del año 2002; en él, expresaba su preocupación por el desempleo y su deseo de luchar por su eliminación:

“Es una tragedia incomprensible que Colombia sufra semejante tasa de desempleo. Ubicada entre las primeras en biodiversidad y agua dulce, con minería, agricultura, industria y servicios, invierte por estudiante en las universidades públicas más del doble del promedio latinoamericano. No tuvo inflación explosiva ni crisis de deuda. Sus instituciones democráticas fueron admiradas. Es residencia de la estructura de pequeña y mediana empresa más importante de América Latina, que pone en evidencia el talento de empresarios y trabajadores. Ambos han perdido: el uno la libertad de empresa y el otro la libertad de trabajo. Tenemos que proponernos que ambos ganen y que gane el país.

Debemos invertir la tendencia de los últimos años: más madres de familia y más hijos han salido a buscar empleo por la pérdida de trabajo de los jefes de hogar, cuyo desempleo pasó del 3.5% en junio de 1994 al 10.5% en el mismo mes del 2000.

Los mayores de 40 años son excluidos del trabajo y se sienten expulsados de la sociedad y de la vida digna. En el último año, 115.000 desplazados ingresaron al desempleo o son dependientes de un jefe de hogar

desempleado. Los jóvenes entre 15 y 19 años han sufrido la disminución de la escolaridad y el aumento de la desocupación del 26% al 44% entre 1994 y la fecha” (Uribe, 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable afirmar que la Ley 789 de 2002 pudo haber sido eficaz performativamente, ya que fue una manifestación del poder a través de la cual se creó en la sociedad un imaginario de un panorama mejor, por lo menos en el ámbito laboral (por la creación de nuevos empleos) y en el campo comercial e industrial (por la reducción del costo de la mano de obra y la flexibilización del mercado laboral).

Tras aplicar el marco teórico a la norma estudiada, ¿a qué conclusión se puede llegar? Como es posible evidenciar en el análisis hecho anteriormente, el gobierno que profirió la Ley 789 de 2002 parecía tener unos motivos alternos a la creación de empleo para promulgarla. Éstos parecen ser la causa de que la reforma laboral permanezca en el ordenamiento jurídico a pesar de su ineficacia instrumental y las críticas constantes que ha recibido.

CONCLUSIONES

Retomando los asuntos estudiados y analizados en el transcurso de este trabajo, consideramos que, aunque los diferentes autores que han estudiado y estudian la eficacia no han podido llegar a un acuerdo sobre lo que ésta significa y cómo se diferencia por completo de la validez, efectividad y eficiencia, hay algunas posiciones que son más atrayentes al estudiar los efectos del derecho sobre la sociedad actual, los motivos por los cuales éste es creado y, por consiguiente, sus funciones. En este trabajo se adoptó la posición del autor García Villegas, según la cual hay dos tipos de eficacia, la instrumental y la simbólica. La eficacia instrumental es aquella donde, al momento de crearse la ley, su intención es que sea aplicada y cumpla con los propósitos establecidos en su texto jurídico; la eficacia simbólica, en cambio, se presenta en normas que han sido expedidas por motivos diversos y diferentes a los que se hacen explícitos en ellas. Su teoría es altamente convincente, especialmente luego de aplicarla a una norma en específico y observar cómo se presenta en ella este segundo tipo de eficacia.

Asimismo, podemos concluir que las condiciones propuestas por Evan para que una ley sea más eficaz son importantes cuando los objetivos de la ley son los propuestos en su texto y no otros de carácter simbólico. Además, es importante estudiar estas condiciones al realizar estudios sobre la eficacia de una norma debido a que, si la norma cumple con ellas, debería ser instrumentalmente eficaz; cuando no es eficaz, puede ser un indicio de que la norma ha sido creada siguiendo unos fines latentes que harían necesario analizar su eficacia simbólica. Por su parte, las condiciones presentadas por Soriano, al igual que las de Evan, al estar dirigidas a aumentar la eficacia instrumental, se hacen menos relevantes cuando la norma busca una eficacia simbólica.

Ahora bien, en cuanto a las conclusiones obtenidas del estudio práctico, es decir, de la aplicación del marco teórico a la Ley 789 de 2002, surgen algunas cuestiones importantes en torno a la eficacia de esa normatividad que procederemos a exponer. No sobra volver a aclarar que los resultados obtenidos a través de este ejercicio práctico son sólo algunos de los posibles que pueden encontrarse pues puede haber más motivos por los cuales fue emitida la norma.

En primer lugar, después del análisis realizado, podemos afirmar que la reforma laboral estaba destinada a fracasar desde el punto de vista de la eficacia instrumental, pues los intereses que llevaron a su creación realmente no tenían como objetivo la creación de 160.000 empleos por año. La generación o no de empleos no era el fin primordial para sus emisores, más bien parecía ser visto como un efecto secundario positivo.

De acuerdo con lo visto en este trabajo, los objetivos reales, y en este caso simbólicos, de la norma parecieron ser, por un lado, la creación de un marco

jurídico laboral satisfactorio y atrayente para la inversión extranjera, es decir, volver a Colombia competitiva en una de sus fortalezas: su mano de obra; por el otro, dar la ilusión a los ciudadanos de que se estaba solucionando la grave crisis de desempleo en la que estaba sumida Colombia. De esta forma, se lograba eliminar una fuente de presión social sobre el gobierno.

Pruebas de que los objetivos de la norma no eran la creación de empleo, la formalización y la reducción del subempleo las encontramos en los diferentes estudios y pronunciamientos realizados sobre la materia, tanto en lo que tiene que ver con estos temas como en los discursos alrededor de la inversión extranjera.

En segundo lugar, el caso estudiado constituye una muestra de cómo en Colombia las normas son creadas con y por razones diferentes a las que se hacen presentes en la exposición de motivos de la normatividad promulgada. Este hecho afecta directamente la eficacia instrumental de las leyes, ya que ésta es dejada a un lado por el legislador para cumplir con otros objetivos que resultan ser de mayor importancia para él. En este punto, estamos frente al vínculo entre derecho y sociedad; como dice Cotterrell, debemos entender que no se pueden tratar a las instituciones:

“como fuerzas sociales en sí mismas, sin aludir a los intereses que representan. Cuando nos preguntamos cómo el derecho puede influir en el cambio social, en realidad estamos considerando cómo aquellos miembros de una sociedad capacitados para que el Derecho reconozca sus pretensiones e intereses, tendrán éxito en vencer las resistencias a que sus aspiraciones se cumplan mediante el Derecho; porque éste no es un actor en sí mismo...” (Cotterrell, 1991 pág. 68).

Es por ello que, cuando una ley no es eficaz instrumentalmente, esto no puede sorprender o desilusionar a la sociedad. Sería ignorar que el derecho es un simple aspecto de un conjunto social afectado por muchas fuerzas y que él mismo constituye una herramienta de esas fuerzas para lograr unos objetivos determinados, sean en beneficio de la comunidad en general o de unos pocos (Cotterrell, 1991 pág. 68).

Ahora bien, aunque un precepto jurídico puede tener tanto eficacia instrumental como eficacia simbólica, pues éstas no son mutuamente excluyentes, normalmente, cuando hay un interés subyacente que se puede clasificar dentro de la eficacia simbólica, las autoridades gubernamentales no se preocuparán por hacer cumplir los objetivos incorporados dentro del cuerpo normativo creado ya sea mediante sanciones, vigilancia o premios, pues, sencillamente, éstos dejan de ser lo más importante. Así, la ineficacia instrumental no debe ser considerada como un problema del derecho como tal, sino del uso que en muchas ocasiones se le da a éste.

De lo anterior, se puede concluir, en tercer lugar, que la calificación de una norma como instrumental o simbólicamente eficaz depende de los motivos por los cuáles ésta ha sido promulgada. Los fines que se expresan en el texto jurídico se explicitan para ser cumplidos o para satisfacer a la parte de la sociedad que está ejerciendo presión sobre el gobierno para que emita la norma, mientras que la razón para emitir normas simbólicas es apropiarse de los beneficios de emitir la norma pues ésta servirá para lograr unos objetivos, o poder implementar algunas medidas que, por alguna razón, serían desaprobados por la ciudadanía sin que ésta última lo perciba. Son los emisores de la norma los que definen sus finalidades, convirtiéndola a ella y, por tanto, al derecho en una herramienta para lograr objetivos manifiestos o latentes.

En razón de lo expuesto, no es posible afirmar, como se hace a la ligera, que el derecho colombiano es ineficaz, más bien debería analizarse cuáles son los objetivos con que se promulgan las normas en Colombia y si éstos son transparentes y explícitos. Quizá allí encontremos el motivo por el cual no se le da mucha importancia a la eficacia instrumental de los preceptos jurídicos emitidos en el país.

Las consideraciones anteriores nos acercan a la última conclusión y nos hacen retomar temas discutidos en la introducción. El análisis realizado y el estudio del caso nos muestran cómo el aspecto ordenador del derecho, es decir, la función de guía y dirección de conductas de éste se puede realizar de dos maneras, la explícita y la implícita. Por ello, a pesar de que en Colombia se considera que el derecho es altamente ineficaz, esto no es totalmente cierto; cuando se hace esta afirmación, se están ignorando los fines latentes de las normas. Así, siendo el derecho en Colombia hasta cierto punto eficaz, se debe concluir que éste cumple en buena medida con la función de orden social que se supone le es inherente.

Sin embargo, quedan dudas sobre el fin para el cual se está ejerciendo esa función de orden social. ¿Cuál es la función del derecho colombiano? ¿Será ésta ejercer el control social por el bien de la comunidad en general, como propone las teorías funcionalistas, o ejercerlo de tal forma que primen los intereses de los grupos sociales y utilizar el derecho como un mecanismo para generar conformidad a través de la coerción como dicen los conflictualistas?

Posiblemente, las teorías que más se acercan a explicar la función de orden social que cumple el ordenamiento jurídico colombiano sea la conflictualista. Sin embargo, es una aplicación que no necesariamente busca generar un cambio social positivo en la sociedad colombiana, sino que, más bien, el derecho es utilizado como un mecanismo que hace primar los intereses de los más fuertes sobre los intereses de los más débiles: esto contraría uno de los fines últimos del derecho, la justicia.

El derecho y sus capacidad para regular el comportamiento, la economía y los demás aspectos de importancia para una sociedad, deberían ser implementados con el objetivo de crear un mayor bienestar para la sociedad; en ese sentido, la transparencia en el derecho es esencial para cumplir de manera adecuada con las funciones de control social, seguridad y justicia, en particular, ésta última.

Entendiendo que el conflicto es una parte inevitable de la vida en sociedad, está claro que el derecho, al ser creado por los miembros de esa sociedad, se verá marcado por algunos de sus conflictos. Sin embargo, en una sociedad plagada de conflictos de gran envergadura, es importante que las normas que surjan de esos debates entre los miembros de la sociedad propendan por buscar el bien de todos y no el de unos pocos.

BIBLIOGRAFÍA

Arango Luis Eduardo y Esteban Posada Carlos El Desempleo en Colombia [En línea]. - <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra176.pdf>.

Asamblea Nacional Constituyente Constitución Política de Colombia. - 1991.

Asociación Devnet Red Tips [En línea]. - <http://tips.org.uy/SPA/documentos/COLIEC41.pdf>.

Atienza Manuel Introducción al Derecho [Libro]. - México D.F. : Distribuciones Fontamara S.A., 1998.

Austin J.L. How to do things with words [Libro]. - Oxford : Clarendon Press, 1975.

BBC Mundo Crisis financieras: lecciones de historia [En línea]. - 2007. - 30 de Junio de 2010.

Bourdieu Pierre Qué Significa Hablar [Libro]. - Madrid : Akal S.A., 2001.

Bourdieu Pierre The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field [Libro]. - San Francisco : The Hastings Law Journal, 1987.

Calsamiglia Albert Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [En línea]. - 16 de Septiembre de 2010. - http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_17.pdf.

Calsamiglia Albert Justicia, Eficiencia y Derecho [Libro]. - Barcelona : http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_01_303.pdf, 1988.

Capella Juan Ramón Elementos del Análisis Jurídico [Libro]. - Madrid : Trotta, 1999.

Congreso de Colombia Banco de la República. Juriscol [En línea]. - 27 de Diciembre de 2002. - 24 de Junio de 2010. - http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html.

Congreso de Colombia Gaceta del Congreso No. 579 del 10 de Diciembre de 2002 [Conferencia]. - Bogotá D.C : [s.n.], 2002.

Cotterrell Roger Introducción a la Sociología del Derecho [Libro]. - Barcelona : Ariel, 1991.

Cruceta José Alberto [y otros] Argumentación Jurídica [Libro]. - Santo Domingo : Escuela Nacional de la Judicatura, 2007.

de Lora Pablo Memoria y Frontera. El Desafío de los Derechos Humanos [Libro]. - Madrid : Alianza Editorial, 2006.

Durkheim Emile La División del Trabajo Social [Libro]. - Madrid : Ediciones Akal S.A., 2001.

Evan William M. The Sociology of Law: A Social-Structural Perspective [Libro]. - Nueva York : Free Press, 1980.

Farné Stefano, Granados Eduardo y Vergara Carlos Andrés El Mercado Laboral y la Seguridad Social en Colombia en los Inicios del Siglo XXI [Libro]. - Bogotá : Comisión Económica Para América y El Caribe (CEPAL), 2006.

Friedman Lawrence Meir The Legal System. A Social Science Perspective [Libro]. - Nueva York : Russel Sage Foundation, 1987.

García Villegas Mauricio La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de Situaciones Colombianas [Libro]. - Bogotá : Editoriales Uniandes, 1993.

Gaviria Uribe Alejandro Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no? [Informe]. - Bogotá D.C. : Universidad de los Andes, 2004.

Godoy Mónica Informe Colombia: Desempleo [En línea]. - s.f. - 17 de Mayo de 2010. - http://www.terra.com/especiales/informecolombia/desempleo_colombia_1.html.

González Ordoús María José Ineficacia, Anomia y Fuentes del Derecho [Libro]. - Madrid : Dykinson, 2003.

Guataquí Juan Carlos y García Juan Andrés Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? [Informe]. - Bogotá D.C. : Universidad del Rosario, 2009.

Kelsen Hans, Bulygin Eugenio y Walter Robert Validez y Eficacia del Derecho [Libro]. - Buenos Aires : Editorial Astrea, 2005.

Klug Ulrich Lógica Jurídica [Libro]. - Bogotá : Editorial Temis, 1998.

López Enciso Enrique y Misas Arango Martha Las fuentes del desempleo en Colombia: un examen a partir de un modelo SVEC [En línea]. - Octubre de 2006. - <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra411.pdf>.

Márquez Pablo Economía de la Inversión Extranjera en Colombia. [En línea]. - 4 de Abril de 2004. - 17 de Julio de 2010. - <http://129.3.20.41/eps/it/papers/0404/0404003.pdf>.

Merton Robert K. On Social Structure and Science [Libro]. - Chicago : The University of Chicago Press, 1996.

Montealegre Lynett Eduardo C-038 de 2004 [Caso judicial]. - Bogotá. D.C. : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

Naciones Unidas Declaración Universal de Derechos Humanos. - 1948.

Navarro Pablo Eugenio El Derecho y La Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II [Libro]. - Madrid : [s.n.], 2000.

Navarro Pablo y Redondo María Cristina Aceptación y Funcionamiento del Derecho [Libro]. - Madrid : [s.n.], 2009.

Núñez Jairo y Ramírez Juan Carlos Determinantes de la Pobreza en Colombia. Años Recientes. - Bogotá : Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL), Noviembre de 2002.

Núñez Jairo, Ramírez Juan Carlos y Cuesta Laura Determinantes de la Pobreza en Colombia, 1996-2004 [Informe]. - Bogotá D.C. : Cepal, 2006.

Núñez Jairo, Ramírez Juan Carlos y Cuesta Laura Determinantes de la Pobreza en Colombia. 1996 - 2004 [Libro]. - Bogotá : Departamento Nacional de Planeación, 2007.

Núñez Méndez Jairo Éxitos y fracasos de la reforma laboral [Informe]. - Bogotá D.C. : Universidad de los Andes, 2005.

Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social Mitos y Realidades de la Reforma Laboral Colombiana, la Ley 789 de 2002 Dos Años Después [Informe]. - Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ortega Torres Jorge Constitución Política de Colombia [Libro]. - Bogotá : Editorial Temis S.A., 2006.

Ost François y van de Kerchove Michel Elementos para una Teoría Crítica del Derecho [Libro]. - Bogotá : Unibiblos, 2001.

Proexport Colombia Información General [En línea] // Proexport Colombia. - 30 de Julio de 2002. - 4 de Junio de 2010. -

<http://www.proexport.com.co/vbecontent/NewsDetail.asp?ID=1050&IDCompany=16>.

Proexport Colombia Proexport Colombia [En línea]. - 19 de Abril de 2010. - 8 de Junio de 2010. - <http://www.inviertaencolombia.com.co/por-que-colombia.html>.

Proexport Colombia; Colombia es Pasión Invierta en Colombia. Trabajo Compromiso Ingenio. - Mayo de 2010.

Ramírez Carlos Duvan Garces Slide Share [En línea] // La Crisis de las Empresas Punto Com. - Universidad Nacional de Colombia. Sede Manizales, Diciembre de 2008. - 13 de Septiembre de 2010. - <http://www.slideshare.net/guestf949ef8/la-crisis-de-las-empresas-punto-com-presentation>.

Ramírez Carlos Enrique y Florez Laura Apuntes de Inversión Extranjera Directa: Definiciones, Tipología y Casos de Aplicación Colombianos [Libro]. - Cali : Universidad ICESI, 2006.

Revista Dinero Dinero.com [En línea]. - 9 de Noviembre de 2009. - 30 de Junio de 2010.

Revista Internacional Crisis Económica (III) - Los Años 90 - Treinta Años de Crisis Abierta del Capitalismo [En línea]. - 16 de Diciembre de 2006. - 20 de Junio de 2010. - <http://es.internationalism.org/rint98-anos90>.

Silva García Germán La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. [Publicación periódica]. - Bogotá D.C. : Prolegómenos:Derechos y Valores, 2008. - 22 : Vol. XI.

Sistema de Información Minero Colombiano SIMCO [En línea]. - 2008. - 8 de Junio de 2010. - <http://www.simco.gov.co/simco/Informaci%C3%B3nparaInversionistas/Razonesparainvertir/tabid/58/Default.aspx>.

Soriano Ramón Sociología del Derecho [Libro]. - Barcelona : Ariel S.A., 1997.

UNCTAD UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [En línea]. - 17 de Junio de 2010. - <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intlItemID=2527&lang=3>.

Unión Nacional de Empleados Bancarios Unión Nacional de Empleados Bancarios [En línea]. - 16 de junio de 2010. - http://www.unebcolombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=991

: analisis-de-las-propuestas-hechas-en-campana-por-los-candidatos-presidenciales-para-el-2010-2014&catid=68&Itemid=154.

United Nations Conference on Trade And Development (UNCTAD) UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo [En línea]. - 30 de Enero de 1998. - <http://www.unctad.org/templates/Webflyer.asp?docID=3271&intItemID=2024&lang=3>. - 30 de Junio de 2010.

Uribe Álvaro Terra: Vote bien elecciones 2002 [En línea] // Programa de Gobierno, Álvaro Uribe. - 2002. - 23 de Junio de 2010. - http://www.terra.com.co/elecciones_2002/candidatos_presidencia/alvaro_uribe/programa_de_gobierno/26-03-2002/nota52874.html.

Vargas Clara Ines C-257 de 2008 [Caso judicial]. - Bogotá D.C : Corte Constitucional, 2008.

Vargas Germán Eduardo Portafolio.com.co. El portal de economía y negocios [En línea]. - 16 de junio de 2010. - http://www.portafolio.com.co/opinion/columnistas/otroscolumnistas/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-7708520.html.

Vedross Alfred La Filosofía del Derecho en el Mundo Occidental [Libro]. - México : [s.n.], 1983.

Vilajosana Josep M. Funciones del Derecho: Un Marco Conceptual [Publicación periódica]. - Turín : Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica, 2006. - Vol. VIII.

Whyman Philip B. y Baimbridge Mark Labour Market Flexibility [Libro]. - Londres : Department of Trade and Industry, 2006.

ANEXO

Anexo A. Ley 789 de 2002 *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”* (Congreso de Colombia, 2002).

DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 45046. 27, DICIEMBRE, 2002. PÁG.32

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

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

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

DEFINICION SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL

Artículo 1°. Sistema de Protección Social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

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

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

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

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

como prioritarios y aquellos programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz.

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

1. Los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional.
2. Los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social.
3. Las donaciones que reciba.
4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos.
5. Los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título.

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

CAPITULO II

Régimen de Subsidio al Empleo

Artículo 2°. Subsidio al empleo para la pequeña y mediana empresa. Como mecanismo de intervención en la economía para buscar el pleno empleo, créase el subsidio temporal de empleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como mecanismo contracíclico y de fortalecimiento del mercado laboral dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que generen puestos de trabajo a jefes cabeza de hogar desempleados. Este beneficio sólo se otorgará a la empresa por los trabajadores adicionales que devenguen un salario mínimo legal vigente, hasta el tope por empresa que defina el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional, previo concepto del Conpes, definirá la aplicación de este programa teniendo en cuenta los ciclos económicos, y señalará las regiones y los sectores a los cuales se deberá otorgar este subsidio, así como los requisitos que deben cumplir las Pequeñas y Medianas Empresas que estén pagando todos los aportes a seguridad social de sus trabajadores y los trabajadores adicionales para acceder al programa, incluyendo el porcentaje de estos que la empresa contrate amparados por el subsidio, los instrumentos de reintegro de los recursos cuando no se cumplan los requisitos para acceder al subsidio, y la duración del mismo,

teniendo en cuenta en todo caso los recursos disponibles y los asignados en la Ley 715 de 2001 para estos efectos.

En ningún caso el otorgamiento de este subsidio generará responsabilidad a cargo del Estado frente a los trabajadores por el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales y aportes, los cuales en todo caso son responsabilidad de los respectivos empleadores.

Parágrafo. Tendrán prioridad en la asignación de los recursos las zonas rurales, en especial aquellas que presentan problemas de desplazamiento y conflicto campesino.

Artículo 3°. Régimen del subsidio familiar en dinero. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Parágrafo 1°. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.
2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.
3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar

simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.

6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.

7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Parágrafo 2°. Tendrán derecho a Subsidio Familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable, no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, y tendrán derecho a estos subsidios las personas a cargo enunciadas en el parágrafo 1° del presente artículo, incluyendo el (la) cónyuge y el trabajador.

En el caso del parágrafo 1, los Consejos directivos de las Cajas de Compensación familiar fijarán las tarifas y montos subsidiadas que deberán ser inversamente proporcional al salario devengado.

Artículo 4°. Cuota monetaria. A partir del 1° de julio de 2003, el Subsidio Familiar en dinero que las Cajas de Compensación Familiar deben pagar, a los trabajadores que la ley considera beneficiarios, será cancelado, en función de cada una de las personas a cargo que dan derecho a percibirlo, con una suma mensual, la cual se denominará, para los efectos de la presente ley, Cuota Monetaria.

Parágrafo 1°. Para los efectos de la presente ley se entiende por personas a cargo aquellas que dan derecho al trabajador beneficiario a recibir subsidio en dinero, siempre que se haya pagado durante el respectivo ejercicio.

Parágrafo 2°. Con el fin de garantizar el régimen de transparencia y propiciar las condiciones apropiadas para el desarrollo de lo dispuesto en la presente ley en relación con el diseño y estructuración de la Cuota Monetaria, en aquellas regiones, departamentos o ciudades en donde existan Cuotas Monetarias Ordinarias diferenciales, a partir de la vigencia de esta ley y hasta el 30 de junio de 2003, queda prohibido darles curso a las nuevas solicitudes de desafiliación de cualquier empleador de la Caja en que actualmente se encuentre afiliado, para afiliarse a otra Caja. Si se llegare a dar, tal afiliación será nula, no surtirá efectos y deberá regresar el empleador a la Caja donde se encontraba afiliado. Se excepcionan aquellas cajas cuya creación sea inferior a dos años contados hacia atrás de la vigencia de la presente ley.

La Superintendencia del Subsidio Familiar velará por el cumplimiento de esta norma. La Superintendencia de Subsidio Familiar declarará antes del 15 de enero de 2003 las Entidades Territoriales, en donde quedará congelado por seis (6) meses el traslado de empresas entre Cajas de Compensación, previa verificación de que existían diferencias en las cuotas monetarias ordinarias que se aplicaban a 31 de diciembre del año 2002 en las Cajas de Compensación creadas en la respectiva entidad territorial y regidas por la Ley 21 de 1982.

Durante del período de congelación las Cajas podrán, con sujeción a la lealtad, competencia y las normas establecidas, mercadear y publicitar su portafolio de servicios.

Parágrafo 3°. Para acortar las diferencias entre cuotas de Cajas localizadas en un mismo departamento o ciudad, la Superintendencia tendrá facultades para limitar o disminuir la Cuota Monetaria de las Cajas con cuotas más altas y los excedentes frente al porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%) se destinarán a programas de inversión social de la misma caja.

Artículo 5°. Cálculo de la cuota monetaria. Se conceden precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en un término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, expida las normas frente a los términos y condiciones a que debe sujetarse la Cuota Monetaria en el Sistema de Compensación Familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación, con sujeción a estudio técnico y a los siguientes principios:

SANA COMPETENCIA. La Cuota Monetaria debe buscar una sana competencia en el mercado, con objeto de evitar un exceso en el otorgamiento de Subsidios en dinero, como instrumento prioritario en el proceso de afiliación ajustando al sistema en un sano equilibrio entre servicios y recursos otorgados directamente en dinero a los beneficiarios.

SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua colaboración y apoyo entre las diferentes Cajas de Compensación Familiar, lo cual se concreta en la prohibición de establecer transferencias de recursos por parte de las Cajas de Compensación con ingresos y/o cuocientes inferiores al promedio a favor de las Cajas de Compensación con ingresos y/o cuocientes superiores al promedio para pago de subsidio en dinero o cualquier otro concepto. Para realizar este principio, se podrán establecer cuotas regionales, departamentales, mínimos, máximos o cualquier otro mecanismo que se considere procedente con este principio.

EQUIDAD. Se concreta como mecanismo de redistribución y compensación regional o departamental, que se desarrolla en la prohibición de obligar a Cajas ubicadas en regiones de menor desarrollo socioeconómico a girar recursos por cualquier concepto a Cajas que se encuentren operando en regiones con mayores índices de desarrollo socioeconómico, sin perjuicio de establecer, respetando el anterior parámetro, transferencias financieras entre Cajas para lograr Cuota Monetaria equitativa al interior de cada Departamento o Región, dentro de los principios descritos en el presente artículo. Se concreta igualmente, en la necesidad de evaluar el total de los ingresos disponibles de la Caja, cuando se examinen o determinen transferencias a otras Cajas. Para efecto de la evaluación de las transferencias, se deberá examinar la capacidad de apalancamiento de la Caja en sus propias fuentes de recursos para financiar la cuota monetaria, conforme al monto de los subsidios que hubieren otorgado.

GRADUALIDAD. Los procesos de cambio o ajuste de la cuota monetaria deberán implantarse en forma progresiva, evitando un deterioro relevante en las condiciones de los trabajadores tanto en forma directa como indirecta con relación a los demás servicios que les corresponde prestar a las Cajas.

INTEGRALIDAD. La cuota monetaria debe ser analizada en relación directa con las demás modalidades del subsidio en servicios y especie.

SOLIDARIDAD DE LA CIUDAD CON EL CAMPO. Las cajas de compensación pagarán como subsidio al trabajador del sector agropecuario un quince por ciento (15%) sobre lo que paguen al trabajador urbano, para lo cual se podrán establecer mecanismos de gradualidad no superior a dos (2) años.

Parágrafo transitorio. Para efecto del ejercicio de las facultades extraordinarias, se deberá emitir, dentro de los tres (3) meses siguientes a la presente ley, concepto técnico por una comisión accidental que será integrada por un (1) representante de Asocajas, un (1) representante de Fedecajas, un (1) representante de las Cajas no agremiadas, dos (2) representantes por cada una de las Comisiones VII de Senado y Cámara, el Superintendente del Subsidio Familiar o su delegado, el Ministro de Trabajo o su delegado y un (1) representante de las Centrales obreras que será designado por ellas mismas. Este concepto técnico será considerado por el Gobierno como instrumento fundamental de apoyo en el ejercicio de sus

facultades. La comisión establecida en la presente ley velará por la plena realización de los principios mencionados en las fórmulas y regulación que proyecten como apoyo al gobierno.

Artículo 6°. Recursos para el fomento del empleo y protección al desempleo. Las Cajas de Compensación Familiar administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras Cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7°, 10 y 11 de la presente ley. El Gobierno determinará la forma en que se administrarán estos recursos cuando no puedan ser gestionados directamente por la Caja de Compensación Familiar.

Las Cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia del Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley. Las apropiaciones del monto per cápita se realizarán en la medida en que se produzcan las solicitudes de subsidios hasta agotar los recursos propios de cada Caja. No obstante, para garantizar la solidaridad y el equilibrio ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas Cajas del país, mínimo semestralmente la Superintendencia realizará cortes contables y ordenará el traslado de recursos entre Cajas, de acuerdo con el monto per cápita requeridas para los desempleados pendientes en unas Cajas, en estricto orden de solicitud, y los recursos sobrantes en otras. Igual procedimiento se aplicará para el apoyo a los desempleados sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación de acuerdo con el porcentaje previsto para tal efecto en esta ley.

Son fuentes de recursos del fondo las siguientes:

- a) La suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplicó a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo;
- b) El porcentaje no ejecutado que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente;
- c) El porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las Cajas de Compensación Familiar, conforme la presente ley. Esta disminución será progresiva, para el año 2003 los gastos serán de máximo 9% y a partir del 2004 será máximo del 8%;
- d) El 1% del 100% de los recaudos para los subsidios familiar de las Cajas con cocientes inferiores al 80% del cociente nacional; el 2% de los recaudos de las cajas con cocientes entre el 80% y el 100% del cociente nacional; y el 3% de los

recaudos de las Cajas con cuocientes superiores al 100% del cuociente nacional. Estos recursos serán apropiados con cargo al componente de vivienda del FOVIS de cada caja, de que trata el numeral 7 del artículo 16 de esta Ley;

e) Los rendimientos financieros del Fondo.

Parágrafo 1°. De estos recursos se destinará hasta el cinco por ciento (5%) para absorber los costos de administración del fondo.

Parágrafo 2°. Las Cajas de Compensación que participen en una entidad de crédito vigilada por la Superintendencia Bancaria como accionistas, conforme la presente ley, deberán destinar los recursos previstos en este fondo para el microcrédito, como recursos de capital de dichas instituciones para su operación.

Artículo 7°. Programas de microcrédito. Con cargo al treinta y cinco (35%) de los recursos que administren las Cajas del fondo de que trata el artículo anterior, conforme la regulación prevista para el fondo para apoyo al empleo y protección al desempleado, estas instituciones deberán realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con objeto de promover la creación de empleo adicional.

Las Cajas otorgarán un beneficio a una parte del crédito que será no reembolsable, el cual equivaldrá al ciento por ciento (100%) de las cotizaciones parafiscales a salud, pensiones y riesgos profesionales por un período de contratación equivalente a cuatro (4) meses, siempre que el empleador demuestre que mantiene la relación laboral durante un período adicional igual al del subsidio.

Parágrafo 1°. Para ser beneficiario del crédito las empresas solicitantes deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Que la empresa no tenga deudas pendientes frente a períodos anteriores por concepto de aportes parafiscales a pensiones, salud, riesgos profesionales, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje y Cajas de Compensación Familiar. Será condición para mantener el beneficio otorgado el que el empleador atienda sus obligaciones en materia de aportes parafiscales, conforme las disposiciones legales, sin perjuicio de los regímenes de excepción previstos en la presente ley, y

b) Que los trabajadores adicionales sean jefes cabeza de hogar que hubieren estado vinculados a las Cajas dentro del año inmediatamente anterior o quedar desempleado y que se trate de empresas vinculadas a las Cajas. Los trabajadores adicionales no podrán devengar más de tres (3) salarios mínimos legales vigentes;

c) No tener en forma simultánea el beneficio previsto para el subsidio al empleo de que trata el artículo 2° de la presente Ley.

CAPITULO III

Régimen de Protección al Desempleado

Artículo 8°. Subsidio al desempleo. Como mecanismo de intervención para eventos críticos que presenten los ciclos económicos, créase el subsidio temporal al desempleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual se otorgará en las épocas que señale el Gobierno Nacional, previo concepto del Conpes.

El Gobierno Nacional reglamentará los requisitos de selección y el número de beneficiarios, monto y duración del subsidio, y las condiciones que deben tenerse para acceder y conservar el derecho al subsidio, teniendo en cuenta los recursos presupuestales disponibles, así como lo referente a los convenios de cooperación o interadministrativos necesarios para la ejecución del programa.

Parágrafo. Para efectos del subsidio al empleo de que trata el artículo 2° y del subsidio al desempleo de que trata el artículo 8° de la presente Ley, créase el Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin personería jurídica, cuyos recursos serán administrados mediante fiducia pública.

Artículo 9°. Servicios para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Con cargo a los recursos propios de las Cajas, los desempleados con vinculación anterior a estas entidades, tendrán derecho a los programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, en las mismas condiciones que tenía como afiliado al momento de su retiro, durante 1 año a partir de su acreditación como desempleado y en la última Caja en la que estuvo afiliado.

Parágrafo 1°. Las personas a cargo o beneficiarios gozarán también de estos derechos por el mismo tiempo.

Parágrafo 2°. Los trabajadores que hubieren acreditado veinticinco 25 o más años al Sistema de Cajas de Compensación Familiar y se encuentren pensionados tendrán derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social a las tarifas más bajas de cada Caja de Compensación.

Parágrafo 3°. Los trabajadores que perdieron su trabajo antes de la vigencia de la presente ley podrán acceder a los programas del presente artículo siempre y cuando su desvinculación haya sido dentro del último año.

Artículo 10. Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Los Jefes cabeza de Hogar que se encuentren en

situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección que haga el beneficiario. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo;

b) Capacitación para el proceso de inserción laboral. Para efectos de esta obligación las Cajas destinarán un máximo del veinticinco por ciento (25%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

Artículo 11. Régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6 de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación, según la elección que haga el beneficiario. Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio.

Artículo 12. Capacitación para inserción laboral. De las contribuciones parafiscales destinadas al Servicio Nacional de Aprendizaje, se deberá destinar el veinticinco por ciento (25%) de los recursos que recibe por concepto de los aportes de que trata el numeral 2 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 12 de la Ley 21 de 1982, para la capacitación de población desempleada, en los términos y condiciones que se determinen por el Gobierno Nacional para la administración de estos recursos, así como para los contenidos que tendrán estos programas. Para efecto de construir y operar el sistema nacional de registro laboral de que trata el

artículo 42 de la presente ley, en los términos y condiciones que se fijan en el reglamento, el SENA apropiará un cero punto uno por ciento (0.1%) del recaudo parafiscal mientras sea necesario.

CAPITULO IV

Régimen especial de aportes para la promoción del empleo

Artículo 13. Régimen especial de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las Cajas de Compensación Familiar. Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al Régimen del Subsidio Familiar Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002, con las siguientes características o condiciones, siempre que estos no devenguen más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes:

1. Personas que hayan sido vinculadas para prestar un servicio a las empresas desde los lugares donde se encontraran privadas de la libertad o fueren vinculadas, mediante contrato de trabajo sin solución de continuidad, después de haber recobrado su libertad.
2. Personas con disminución de su capacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%) debidamente calificada por la entidad competente.
3. Reinsertados de grupos al margen de la ley, debidamente certificados por la entidad competente.
4. Personas entre los 16 y los 25 años y trabajadores mayores de 50 años.
5. Jefes cabeza de hogar según la definición de que trata la presente ley.

Parágrafo 1°. Las empresas que pretendan contratar conforme a la presente disposición deberán acreditar las siguientes condiciones:

a) El valor de los aportes al SENA, ICBF y Cajas de Compensación al momento y durante toda la ejecución del contrato debe ser igual o superior a la suma aportada durante el período inmediatamente anterior a la contratación, ajustada por el IPC certificado por el DANE.

Se entiende como período de contratación el promedio de los últimos doce (12) meses causados anteriores a la contratación;

b) Que no tengan deudas pendientes frente a períodos anteriores por concepto de aportes parafiscales a pensiones, salud, riesgos profesionales, Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje y Cajas de Compensación Familiar.

Parágrafo 2°. El valor de los aportes exentos no podrá representar más del diez por ciento (10%) de los aportes que la empresa deba realizar en forma ordinaria con relación a cada uno de los aportes parafiscales objeto de exención temporal. Empresas entre cinco y diez trabajadores tendrán derecho a la exención de aportes por un trabajador adicional.

Parágrafo 3°. El Gobierno podrá definir períodos de permanencia adicional de los trabajadores beneficiarios de la exención, conforme la duración del beneficio a favor del empleador. En los períodos adicionales, conforme las reglas que el Gobierno defina para su aplicación, habrá lugar al pago pleno de aportes.

Parágrafo 4°. La exención prevista en este artículo se aplicará siempre que la tasa de desempleo certificada por el DANE sea superior al doce (12%) mientras persista la situación en la respectiva región en la que opere el sistema de Cajas y máximo tendrá una vigencia de 4 años contados a partir de la fecha en que entre a regir la presente ley.

Parágrafo 5°. Para efecto de la presente ley se considera jefe cabeza de hogar desempleado la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente (como cotizante y no como beneficiaria) a una EPS o una Caja de Compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS, ni a una Caja de Compensación, ni como cotizante ni como beneficiario.

Esta condición deberá ser declarada bajo juramento por el jefe cabeza de hogar ante la empresa que lo contrate y que solicite cualquiera de los subsidios de que trata la presente ley, en formulario que al efecto deberá expedir el Gobierno.

Parágrafo 6°. Para los propósitos de este artículo, se consideran trabajadores adicionales aquellos que sobrepasen la suma de los contratados directamente y registrados de acuerdo con el promedio del año 2002 en las Cajas de Compensación Familiar más los contratados indirectamente o en misión, a través de empresas temporales, cooperativas, empresas de vigilancia o similares. Para tal efecto, estas empresas intermediarias reportarán a las Cajas de Compensación el número de trabajadores que tenían en misión para cada empleador en el año 2002.

Artículo 14. Régimen especial de aportes para estudiantes. Los estudiantes menores de 25 años y mayores de 16 años con jornada de estudio diaria no inferior a cuatro (4) horas, que a su vez trabajen en jornadas hasta de cuatro (4) horas diarias o jornadas flexibles de veinticuatro (24) horas semanales, sin exceder la jornada diaria de seis (6) horas, se regirán por las siguientes normas:

a) Estarán excluidos de los aportes al ICBF, SENA y Cajas de Compensación Familiar, siempre que no representen más del diez (10%) por ciento del valor de la nómina de la respectiva empresa;

b) Sus empleadores deberán efectuar los aportes para pensiones, salud y riesgos profesionales, en las proporciones y porcentajes establecidos en las leyes que rigen el Sistema de Seguridad Social, y su base de cotización será como mínimo un (1) salario mínimo mensual legal vigente, smmlv.

Artículo 15. Régimen de contribuciones al Sistema de Salud para Trabajadores Independientes. Será facultad del Gobierno Nacional diseñar un régimen de estímulos para los trabajadores independientes, con objeto de promover su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, respetando el principio de equilibrio financiero entre los beneficios concedidos y los recursos recaudados y las normas Constitucionales en materia de derechos fundamentales, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre control a la evasión.

CAPITULO V

Régimen de organización y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar

Artículo 16. Funciones de las Cajas de Compensación. El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

2. Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás disposiciones que regulen las materias.

Las Cajas de Compensación que estén habilitadas para realizar aseguramiento y prestación de servicios de salud y, en general para desarrollar actividades relacionadas con este campo conforme las disposiciones legales vigentes, individual o conjuntamente, continuarán facultadas para el efecto, en forma individual y/o conjunta, de manera opcional para la Caja.

Las Cajas de Compensación Familiar que no administren directamente los recursos del régimen subsidiado de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 o a través de terceras entidades en que participen como asociados, deberán

girarlos, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las siguientes prioridades:

a) Para las Cajas que dentro del mismo departamento administren recursos del Régimen Subsidiado en los términos de la Ley 100 de 1993;

b) Al Fondo de Solidaridad y Garantías.

Las Cajas de Compensación que realicen actividades de mercadeo social en forma directa, sin perjuicio de los convenios de concesiones, continuarán facultadas para el efecto, siempre que se encuentren desarrollando las correspondientes actividades a la fecha de vigencia de la presente ley, salvo lo previsto en el numeral décimo de este mismo artículo.

3. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad.

Cuando se trate de compra de acciones del Estado, las Cajas de Compensación se entienden incluidas dentro del sector solidario.

El Gobierno reglamentará los principios básicos que orientarán la actividad del microcrédito para esta clase de establecimientos, sin perjuicio de las funciones de la Superintendencia Bancaria en la materia.

Las Cajas cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda podrán invertir, participar o asociarse para la creación de sociedades diferentes de establecimiento de crédito, cuando quiera que tales entidades adquieran el permiso de la Superintendencia Bancaria para la realización de operaciones hipotecarias de mutuo.

Con el propósito de estimular el ahorro y desarrollar sus objetivos sociales, las Cajas de Compensación Familiar podrán constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados y concederles préstamos para los mismos fines.

4. Podrán asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados.

5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar definirá de manera general los estándares de calidad que deberá cumplir la infraestructura de los jardines sociales para la atención integral de niños o niñas para que la entidad pueda ser habilitada.

Cuando se trate de jardines de propiedad de entes territoriales, la forma de contratación de cada programa de estos Jardines será definida mediante convenio tripartito entre la respectiva Caja de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el ejecutivo del ente territorial.

7. Mantener, para el Fondo de Vivienda de Interés Social, hasta el 31 de diciembre de 2006, los mismos porcentajes definidos para el año de 2002 por la Superintendencia de Subsidio Familiar, con base en la ley 633 del año 2000 de acuerdo con el cálculo de cociente establecido en la Ley 49 de 1990. Descontados los porcentajes uno por ciento (1%), dos por ciento (2%) y tres por ciento (3%) previsto en el literal d) del artículo 6° de la presente ley para el fomento del empleo.

8. Créase el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y jornada escolar complementaria. Como recursos de este fondo las Cajas destinarán el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para Fovis.

9. Desarrollar una base de datos histórica en la cual lleve un registro de los trabajadores que han sido beneficiarios de todos y cada uno de los programas que debe desarrollar la Caja en los términos y condiciones que para el efecto determine la Superintendencia del Subsidio.

10. Desarrollar un sistema de información de los beneficiarios de las prestaciones dentro del programa de desempleo de sus trabajadores beneficiarios y dentro del programa que se constituya para la población no beneficiaria de las Cajas de

Compensación, conforme la presente ley, en los términos y condiciones que al efecto determine el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia del Subsidio Familiar.

11. Administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa, con cargo a los recursos que se prevén en la presente ley, en los términos y condiciones que se establezca en el reglamento para la administración de estos recursos y conforme lo previsto en la presente ley y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3 de este artículo. Dichas actividades estarán sujetas al régimen impositivo general sobre el impuesto a la renta.

12. Realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias. Las Cajas que realicen actividades diferentes en materia de mercadeo social lo podrán realizar siempre que acrediten para el efecto independencia contable, financiera y operativa, sin que puedan comprometer con su operación la expansión o mantenimiento los recursos provenientes de los aportes parafiscales o de cualquier otra unidad o negocio de la Caja de Compensación Familiar.

13. El Gobierno Nacional determinará los eventos en que las Cajas de Compensación Familiar podrán constituir e invertir en fondos de capital de riesgo, así como cualquier otro instrumento financiero para el emprendimiento de microcrédito, con recursos, de los previstos para efectos del presente numeral.

Las Cajas podrán asociarse entre sí o con terceros para efectos de lo aquí previsto, así como también vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema de compensación.

Artículo 17. Liquidación de las Cajas de Compensación Familiar. La liquidación será ordenada mediante acto administrativo de la Superintendencia que ejerza su control, para cuya expedición se respetará el debido proceso establecido para intervenir administrativamente a estas entidades o sancionar a sus funcionarios, que es el contenido en los artículos 90 del Decreto 341 de 1988, 35 y 36 del Decreto 2150 de 1992 y normas que los modifiquen o adicionen. En el acto administrativo se dará un plazo hasta de seis meses para que la Caja dé cumplimiento a las normas legales, siempre que dicho plazo se considere procedente por la autoridad de supervisión. En caso de que la Caja no demuestre el cumplimiento, deberá iniciar la liquidación ordenada por el ente de control, dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento del plazo que se fije por la autoridad de control. En caso contrario, procederá la intervención administrativa de la misma, para ejecutar la medida.

Para el evento en que la Caja de Compensación sea la única que funcione en el respectivo ente territorial, no se procederá a su liquidación, sino a su intervención administrativa, hasta tanto se logre superar la respectiva causal.

Artículo 18. Gastos de administración y contribuciones para supervisión. Los gastos de administración de las Cajas se reducirán a partir de la vigencia de la presente ley, para el año 2003 serán máximo del nueve por ciento (9%) de los ingresos del 4%, a partir del año 2004 serán máximo del ocho por ciento (8%) de los ingresos antes mencionados.

Artículo 19. Régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales. Habrá lugar a un aporte a las Cajas de Compensación Familiar del 0.6% sobre una base de un salario mínimo legal mensual vigente, sin que dicha suma otorgue derechos para el pago de subsidios, limitándose el beneficio a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la Caja, cuando se presente uno cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de los períodos de protección previstos en esta ley por fidelidad:

a) Cuando los empleadores que no estando obligados a cotizar a las Cajas de Compensación Familiar respecto de trabajadores beneficiarios del régimen especial de aportes de que trata el artículo 13 de esta Ley, decidan realizar el aporte mencionado, por el trabajador beneficiario del régimen especial de aportes;

b) Los trabajadores independientes que decidan afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, conforme el principio de libertad de escogencia que deberá ser respetado por parte de la respectiva Caja. Para que un trabajador independiente se afilie, con su grupo familiar, y mantenga su vinculación con una Caja, se hace exigible su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de Cajas la misma base de aporte que exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones;

c) Las personas que estando vinculadas a una Caja de Compensación Familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad en los términos previstos en esta norma en su calidad de desempleados, una vez vencido su período de protección.

Parágrafo 1°. Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del dos por ciento (2%) sobre la base de dos (2) salarios mínimos, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados salvo al subsidio monetario. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud. En todo caso las cajas podrán verificar la calidad de la información sobre los ingresos del afiliado para dar cumplimiento a lo previsto en esta ley, o para hacerle dar cumplimiento a las normas generales sobre aporte.

Parágrafo 2°. Los aportes voluntarios a las Cajas de Compensación Familiar, conforme el régimen de excepción, se regirán por las reglas tributarias dispuestas para los aportes obligatorios en materia de impuesto de renta.

Artículo 20. Régimen de Inspección y Vigilancia. Las autorizaciones que corresponda expedir a la autoridad de inspección, vigilancia y control, se definirán sobre los principios de celeridad, transparencia y oportunidad. Cuando se trate de actividades o programas que demanden de autorizaciones de autoridades públicas, se entenderá como responsabilidad de la respectiva Caja o entidad a través de la cual se realiza la operación, la consecución de los permisos, licencias o autorizaciones, siendo función de la autoridad de control, verificar el cumplimiento de los porcentajes de ley. Las autorizaciones a las Cajas se regularán conforme los regímenes de autorización general o particular que se expidan al efecto. El Control, se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia.

Corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar, frente a los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud la inspección, vigilancia y control. Las entidades mencionadas, con el objeto de respetar la correcta destinación de los recursos de la seguridad social, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional no estarán obligadas a cancelar contribuciones a las Contralorías.

Para efecto de las solicitudes de información que se deban tramitar por otros órganos de control diferentes a las entidades de supervisión señaladas, tendrán los siguientes principios:

1. Coordinación interinstitucional. Conforme este principio, no se podrán modificar los reportes que hayan sido definidos por las Superintendencias del ramo, en relación a la información o procedimientos que allí se contienen.

2. Economía. No se podrá solicitar en forma duplicada información que se reporta a las entidades de control antes citadas. Para este efecto, los organismos de control que requieran información remitida a las Superintendencias mencionadas, deberán solicitarla a éstas últimas. Cuando se requieran controles permanentes o acciones particulares de inspección, vigilancia y control, deberá acudir a las Superintendencia de Subsidio y Salud, con el propósito de que se adelanten en forma coordinada.

Los estados financieros, que se reporten conforme las reglas contables que se definan por la Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia del Subsidio Familiar, deberán ser aceptados para todos los efectos, por todas las entidades con funciones de consolidación contable. Para efecto de las reglas contables y presentación de estados financieros que se deban expedir frente a las

entidades mencionadas, primarán criterios que se definan por las entidades de supervisión mencionadas.

Parágrafo 1°. Las personas naturales que sean designadas por la Superintendencias de Subsidio y Salud para los procesos de intervención, se entenderán vinculadas por el término en que dure su labor o por el término en que dure la designación. Se entenderá, cuando medie contrato de trabajo, como contrato a término fijo las vinculaciones antes mencionadas. Para los procesos de intervención se podrá acudir al instrumento de gestión fiduciaria a través de las entidades facultadas al efecto. El Control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas Cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga.

Parágrafo 2°. Será facultad del Gobierno Nacional, definir los casos en que será procedente la liquidación voluntaria de ramos de actividad de las Cajas de Compensación o Entidades Promotoras de Salud.

Parágrafo 3°. La inspección, vigilancia y control de las operaciones de crédito previstas en el numeral 11 del artículo 16 de esta ley será ejercida por la Superintendencia de Subsidio Familiar dando aplicación a las reglamentaciones que dicte, de manera general para los establecimientos de crédito, la superintendencia Bancaria para la administración del riesgo crediticio, especialmente en los temas relacionados con el registro, contabilización y establecimiento de provisiones sobre cartera de créditos.

Artículo 21. Régimen de Transparencia. Las Cajas de Compensación Familiar se abstendrán de realizar las siguientes actividades o conductas, siendo procedente la imposición de sanciones personales a los directores o administradores que violen la presente disposición a más de las sanciones institucionales conforme lo previsto en la presente ley:

1. Políticas de discriminación o selección adversa en el proceso de adscripción de afiliados u otorgamiento de beneficios, sobre la base de que todas las Cajas de Compensación Familiar deben ser totalmente abiertas a los diferentes sectores empresariales. Basta con la solicitud y paz y salvo para que proceda su afiliación.
2. Operaciones no representativas con entidades vinculadas, conforme las definiciones que al efecto establezca el reglamento.
3. Acuerdos para distribuirse el mercado.
4. Remuneraciones o prebendas a los empleadores o funcionarios de la empresa diferentes a los servicios propios de la Caja. Los funcionarios públicos que soliciten esta clase de beneficios para si o para su entidad incurrirán en causal de mala conducta.

5. Devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes a favor de una empresa con servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas o los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas, desconociéndose el principio de compensación y por ende el valor de la igualdad.
6. Incluir como objeto de promoción la prestación de servicios en relación con bienes de terceros frente a los cuales, los afiliados, no deriven beneficio.
7. Cuando se trate de la administración de bienes públicos, las Cajas de Compensación Familiar se abstendrán de presentarlos sin la debida referencia a su naturaleza, precisando que no son bienes de la Caja.
8. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas en relación con servicios de la Caja a personal de empresa s no afiliadas, excepción de las acciones que tengan como propósito presentar sus instalaciones, programas o servicios.
9. Ofrecer servicios que no se encuentren efectivamente en su portafolio de operación frente a sus afiliados, al no haber superado la etapa de planeación.
10. Retardar injustificadamente la expedición de paz y salvo a las empresas que hubieran tomado la decisión de desafiliarse con sujeción a los procedimientos legales. Para efecto de la expedición del paz y salvo se tendrá un plazo no superior a 60 días a partir de la solicitud.
11. Ejercer frente a los empleadores cualquier tipo de presión indebida con el objeto de obtener la afiliación a la Caja o impedir su desafiliación.
12. Ejercer actuaciones que impliquen abuso de posición dominante, realización de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal en el mercado de Cajas de Compensación Familiar.
13. Las conductas que sean calificadas como práctica no autorizada o insegura por la Superintendencia de Subsidio Familiar.
14. Adelantar políticas de discriminación en la remuneración de sus redes de comercialización. Para este efecto, se deben pagar comisiones o remuneraciones iguales, con independencia de que se trate de empresas compensadas o descompensadas.
15. Incumplimiento de las apropiaciones legales obligatorias para los programas de salud, vivienda de interés social, educación, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez y protección al desempleado

16. Incumplimiento de la cuota monetaria del Subsidio en dinero, dentro de los plazos establecidos para tal efecto.

17. Excederse del porcentaje autorizado para gastos de administración instalación y funcionamiento durante dos ejercicios contables consecutivos, a partir de la vigencia de la presente ley. Para tal efecto, se considerarán como gastos de administración, instalación y funcionamiento, aquellos que se determinen conforme las disposiciones legales. En todo caso, debe tratarse de un método uniforme de cálculo de gastos administrativos precisando la forma de distribución de costos indirectos que se deben aplicar a los distintos servicios, proporcionalmente a los egresos que cada uno de ellos represente sobre los egresos totales de la respectiva Caja.

18. Aplicar criterios de desafiliación en condiciones de desigualdad frente a los empleadores, contrariando las disposiciones legales así como la violación de los reglamentos en cuanto al término en que debe proceder la desafiliación de la empresa y la suspensión de servicios como consecuencia de la mora en el pago de los aportes.

19. Condicionar la comercialización de productos en las áreas de mercadeo o empresas subsidiarias, a la condición que el empleador deba afiliarse o mantenerse afiliado a la respectiva Caja de Compensación.

Parágrafo 1°. La Superintendencia de Subsidio Familiar sancionará las prácticas de selección adversa, así como los procesos de comercialización que no se enfoquen a afiliar a los diferentes niveles empresariales por parte de las diferentes Cajas. El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social podrá definir mecanismos de afiliación a través de los cuales se pueda escoger Caja de Compensación por parte de empresas que no han sido objeto del proceso de promoción , estando la respectiva Caja obligada a formalizar su afiliación Los trabajadores con una mayoría superior al 70%, podrán estipular períodos hasta de cuatro (4) años frente a la permanencia en una Caja de Compensación, período que se reducirá sólo cuando se demuestre falla en los servicios acreditada plenamente por la entidad de supervisión.

Parágrafo 2°. Las Cajas de Compensación Familiar deberán construir un Código de buen gobierno dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley. Este código de buen gobierno deberá ser conocido por todos los empleados de la respectiva caja.

Parágrafo 3°. Cuando se compruebe el traslado o retención de empleadores mediante violación de alguna de las normas vigentes; además de la sanción personal al representante legal, que será proporcional al monto de los aportes, la Superintendencia ordenará que la afiliación regrese a la Caja de afiliación anterior con devolución de los aportes menos los subsidios pagados.

Parágrafo 4°. Cuando una Caja deba desafiliar a una empresa o afiliado, por mora de dos (2) meses en el pago de sus aportes o inexactitud en los mismos, deberá previamente darle oportunidad de que se ponga al día o corrija las inconsistencias, para lo cual otorgará un término de 1 mes contado a partir del recibo de la liquidación escrita de lo adeudado. Pasado el término, procederá a su desafiliación, pero deberá volver a recibir la afiliación si se la solicitan, previa cancelación de lo adeudado, más los aportes correspondientes al tiempo de la desafiliación.

La liquidación realizada por el jefe de aportes de la Caja, con recurso de apelación ante el representante legal de la misma, será título ejecutivo para el cobro de los aportes adeudados.

Parágrafo 5°. Las Cajas de Compensación Familiar estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia y protección al consumidor. La vigilancia se adelantará conforme lo previsto en las Leyes 155 de 1959 y 256 de 1996 y el Decreto-ley 2153 de 1992 y demás normas que los reglamenten o modifiquen.

Parágrafo 6°. Los directores y subdirectores de las Cajas de Compensación familiar, no podrán ser elegidos a ninguna corporación ni cargo de elección popular, hasta un año después de haber hecho dejación del cargo en la respectiva caja.

Artículo 22. El artículo 52 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 3° de la Ley 31 de 1984, quedará así:

Artículo 52. Consejos Directivos. Los representantes de los trabajadores beneficiarios serán escogidos por el Ministerio de Trabajo de listas que presentarán las centrales obreras con Personería Jurídica reconocida y de los listados enviados por las Cajas de Compensación de todos los trabajadores beneficiarios no sindicalizados.

Modifícase el numeral 2 del artículo 1° de la Ley 31 de 1984, en el sentido de que podrán pertenecer a los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar, en representación de los trabajadores y de los empleadores, todos los afiliados a ésta sin límite de salario.

Artículo 23. Manejo de conflictos de interés. Para garantizar una correcta aplicación de los recursos del sistema, es deber del representante legal de la Caja o sus entidades vinculadas, informar al Consejo Directivo o máximo órgano administrativo, aquellos casos en los cuales él o un administrador, miembro del Consejo Directivo, socio o asociado, Revisores Fiscales tenga parentesco hasta el

cuarto grado de consanguinidad; primero de afinidad o único civil, con las personas que se relacionan a continuación:

1. Los socios, asociados o de personas jurídicas que hagan parte de la red de servicios contratadas directa o indirectamente por la entidad o de las entidades vinculadas por razón de inversiones de capital.
2. Los contratistas personas naturales y los socios o asociados de personas jurídicas con quienes la entidad o sus entidades vinculadas celebren cualquier tipo de contrato o convenio dentro del marco de la operación del régimen.
3. Los socios, asociados o de personas jurídicas receptoras de recursos de capital de la entidad o entidades vinculadas, conforme su objeto social lo permita.

En estos casos el representante legal o la persona que tenga uno de los vínculos anteriores deberá abstenerse de participar en los procesos de selección, contratación o auditoría y la entidad deberá celebrarlos siempre y cuando éstos proponentes se encuentren en condiciones de igualdad con las demás ofertas o ser la mejor opción del mercado. Será causal de remoción del Consejo Directivo u órgano administrativo la violación a la presente disposición, incluyendo una inhabilidad para desempeñar esta clase de cargos por un término de 10 años.

Parágrafo 1°. Es deber del representante legal de la entidad informar a los trabajadores de la entidad o entidades vinculadas sobre el contenido de la presente disposición y adoptar las medidas correspondientes tendientes a garantizar la periodicidad de esta información. En particular, esta debe ser una cláusula en los diferentes contratos que celebre la entidad o entidades vinculadas, para garantizar por parte de terceros el suministro de la información.

Parágrafo 2°. Es deber de las Cajas de Compensación Familiar establecer mecanismos caracterizados por una total transparencia en cuanto a los procedimientos a que deben acudir los proveedores para ser incluidos en el registro correspondiente.

Artículo 24. Funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar. Son funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar a más de las que se establecen en las disposiciones legales:

1. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con la organización y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar; las demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, en cuanto al cumplimiento de este servicio y las entidades que constituyan o administren una o varias de las entidades sometidas a su vigilancia, siempre que comprometan fondos del subsidio familiar.

2. Reconocer, suspender o cancelar la personería jurídica de las entidades sometidas a su vigilancia.
3. Velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con la eficiencia y control de gestión de las Cajas de Compensación Familiar o entidades que constituyan o administren o participen como accionistas.
4. Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.
5. Velar por que no se presenten situaciones de conflictos de interés entre las entidades sometidas a su control y vigilancia y terceros y velar por el cumplimiento del régimen de incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de funciones directivas y de elección dentro de la organización de las entidades bajo su vigilancia.
6. Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas o prácticas inseguras que así sean calificadas por la autoridad de control y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.
7. Fijar con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los mecanismos y procedimientos contables que deben adoptar las Cajas de Compensación Familiar.
8. Contratar servicios de especialistas que presten asesorías en áreas específicas de las actividades de la Superintendencias.
9. Velar por el adecuado financiamiento y aplicación de los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar conforme las diferentes operaciones que se les autoriza a realizar en forma directa o a través de terceros.
10. Velar porque no se presente evasión y elusión de los aportes por parte de los afiliados al Sistema de Cajas de Compensación; en tal sentido podrá solicitar la información necesaria a las entidades rectoras del régimen general de pensiones, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a las entidades recaudadoras territoriales y a otras entidades que reciban contribuciones sobre la nómina.
11. Dar posesión al Revisor Fiscal y Representante Legal de las Cajas de Compensación Familiar, cuando se cerciore acerca del carácter, la idoneidad y la experiencia del peticionario y, expedir la correspondiente acta de posesión. La posesión no requerirá presentación personal.

12. Velar porque las entidades vigiladas suministren a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

13. Publicar u ordenar la publicación de los estados financieros e indicadores de gestión de las entidades sometidas a su control, en los que se demuestre la situación de cada una de éstas y la del sector en su conjunto.

14. Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de los negocios, o de aspectos especiales que se requieran, para lo cual se podrán recepcionar declaraciones, allegar documentos y utilizar los demás medios de prueba legalmente admitidos y adelantar las investigaciones a que haya lugar.

15. Impartir las instrucciones que considere necesarias sobre la manera como los revisores fiscales, auditores internos y contadores de los sujetos de inspección y vigilancia deben ejercer su función de colaboración con la Superintendencia.

16. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, previo el debido proceso, multas sucesivas hasta de dos mil (2.000) salarios mínimos legales diarios vigentes a la fecha de la sanción a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en esta ley, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia sobre violaciones legales reglamentarias o estatutarias. Estas sanciones serán canceladas con cargo al porcentaje de gastos administrativos previstos en esta ley de los ingresos del cuatro por ciento (4%), cuando se trate de sanciones institucionales.

17. Imponer en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias y no por criterios de administración como respeto a la autonomía:

a) Amonestación escrita;

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas, entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria. El producto de éstas multas se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley, y

c. Multas sucesivas a las entidades vigiladas hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de

expedición de la resolución sancionatoria, las cuales serán cancelados con cargo a los gastos de administración y cuyo producto se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley

18. Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley, a los empleadores que incurran en cualesquiera de las siguientes conductas: no inscribir en una Caja de Compensación Familiar a todas las personas con las que tenga vinculación laboral, siempre que exista obligación; no pagar cumplidamente los aportes de las Cajas y no girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar de acuerdo con las disposiciones legales; no informar las novedades laborales de sus trabajadores frente a las Cajas.

19. Reglamentar la cesión de activos, pasivos y contratos y demás formas de reorganización institucional, como instrumento de liquidación o gestión de una Caja de Compensación Familiar; así como toda clase de negociación de bienes inmuebles de su propiedad. No obstante, las Cajas de Compensación Familiar no podrán, salvo el pago del subsidio familiar o en virtud de autorización expresa de la ley, facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona natural o jurídica. Los estatutos de las Cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, en tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de Cajas de Compensación Familiar.

20. Garantizar que aquellas entidades públicas que administran directamente los recursos del subsidio familiar por autorización expresa de la ley, cumplan con la destinación porcentual a los programas de régimen subsidiado de salud, Fovis, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez, educación formal, subsidio en dinero y programas de apoyo al desempleo de acuerdo con las normas vigentes.

21. Expedir el reglamento a que deben sujetarse las entidades vigiladas en relación con sus programas publicitarios con el propósito de ajustarlos a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal.

22. Las demás que conforme a las disposiciones legales pueda desarrollar y en particular las previstas en los artículos 1° y 2° del Decreto 2150 de 1992 y las contempladas en los numerales 5, 7, 8, 12, 13, 17, 20, 21 y 22 del artículo del Decreto 2150 de 1992.

23. Intervenir las Cajas de Compensación, cuando se trate de su liquidación, conforme las normas previstas para las entidades promotoras de salud.

24. Fijar los criterios generales para la elaboración, control y seguimiento de los presupuestos de las Cajas de Compensación como una guía para su buena administración. Los presupuestos no tendrán carácter limitante u obligatorio de la gestión y respetarán el principio de autonomía de las Cajas.

CAPITULO VI

Actualización de la relación laboral y la relación de aprendizaje

Artículo 25. Trabajo ordinario y nocturno. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:

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

Artículo 26. Trabajo dominical y festivo. El artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

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

Artículo 27. Compensación en dinero de vacaciones. Artículo 189 del C.S.T. subrogado por el Decreto-ley 2351/65, artículo 14: numeral 2.

Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que este exceda de tres meses.

Artículo 28. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, quedará así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 29. Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago:

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

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

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

Parágrafo 1°. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

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

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

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

- a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;
- b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;
- c) La formación se recibe a título estrictamente personal;
- d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 31. Modalidades especiales de formación técnica, tecnológica, profesional y teórico práctica empresarial. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran modalidades de contrato de aprendizaje las siguientes:

a) Las prácticas con estudiantes universitarios, técnicos o tecnólogos que las empresas establezcan directamente o con instituciones de educación aprobadas por el Estado, de conformidad con las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 o normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan, que establezcan dentro de su programa curricular este tipo de prácticas para afianzar los conocimientos teóricos. En estos casos no habrá lugar a brindar formación académica, circunscribiéndose la relación al otorgamiento de experiencia y formación práctica empresarial. El número de prácticas con estudiantes universitarios debe tratarse de personal adicional comprobable con respecto al número de empleados registrados en el último mes del año anterior en las Cajas de Compensación;

b) La realizada en las empresas por jóvenes que se encuentren cursando los dos últimos grados de educación lectiva secundaria en instituciones aprobadas por el Estado;

c) El aprendiz alumno matriculado en los cursos dictados por Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de acuerdo con el artículo 5° del Decreto 2838 de 1960;

d) El aprendiz de capacitación de nivel semicalificado. Se entiende como nivel de capacitación semicalificado, la capacitación teórica y práctica que se oriente a formar para desempeños en los cuales predominan procedimientos claramente definidos a partir de instrucciones específicas (por ejem. Auxiliares de mecánica, auxiliares de cocina, auxiliares de electricista, plomería, etc.). Para acceder a este nivel de capacitación, las exigencias de educación formal y experiencia son mínimas. Este nivel de capacitación es específicamente relevante para jóvenes de los estratos más pobres de la población que carecen de, o tienen bajos niveles de educación formal y experiencia.

Parágrafo. En ningún caso los apoyos de sostenimiento mensual de que trata la presente ley podrán ser regulados a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

Artículo 32. Empresas obligadas a la vinculación de aprendices. Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las de Economía mixta del orden Nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de esta ley. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

El empresario obligado a cumplir con la cuota de aprendizaje podrá tener practicantes universitarios bajo la modalidad de relación de aprendizaje, en el desarrollo de actividades propias de la empresa, siempre y cuando estos no superen el 25% del total de aprendices.

Parágrafo. Empresas de menos de diez (10) trabajadores podrán voluntariamente tener un aprendiz de formación del SENA.

Artículo 33. Cuotas de aprendices en las empresas. La determinación del número mínimo obligatorio de aprendices para cada empresa obligada la hará la regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del domicilio principal de la empresa, en razón de un aprendiz por cada 20 trabajadores y uno adicional por fracción de diez (10) o superior que no exceda de veinte. Las Empresas que tengan entre quince (15) y veinte (20) trabajadores, tendrán un aprendiz.

La cuota señalada por el SENA deberá notificarse previamente al representante legal de la respectiva empresa, quien contará con el término de 5 días hábiles para objetarla, en caso de no ceñirse a los requerimientos de mano de obra calificada demandados por la misma. Contra el acto administrativo que fije la cuota procederán los recursos de ley.

Parágrafo. Cuando el contrato de aprendizaje incluida dentro de la cuota mínima señalada por el SENA termine por cualquier causa, la empresa deberá reemplazar al aprendiz para conservar la proporción que le haya sido asignada. Se prohíbe la celebración de una nueva relación de aprendizaje expirada la duración de una anterior, con la misma o distinta empresa.

Artículo 34. Monetización de la cuota de aprendizaje. Los obligados a cumplir la cuota de aprendizaje de acuerdo con los artículos anteriores podrán en su defecto cancelar al SENA una cuota mensual resultante de multiplicar el 5% del número total de trabajadores, excluyendo los trabajadores independientes o transitorios, por un salario mínimo legal vigente. En caso que la monetización sea parcial esta será proporcional al número de aprendices que dejen de hacer la práctica para cumplir la cuota mínima obligatoria.

Artículo 35. Selección de aprendices. La empresa obligada a la vinculación de aprendices, será la encargada de seleccionar los oficios u ocupaciones objeto de este contrato de aprendizaje así como las modalidades y los postulantes para los mismos, de acuerdo con los perfiles y requerimientos concretos de mano de obra calificada y semicalificada así como de la disponibilidad de personal que tenga para atender oficios u ocupaciones similares. En el caso de capacitación de oficios semicalificados, se deberá priorizar a los postulantes a aprendices de los estratos 1 y 2 del Sisbén.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa podrá acudir a los listados de preselección de aprendices elaborados por el SENA, priorizando la formación semi-calificada, técnica o tecnológica.

Parágrafo. Las empresas no podrán contratar bajo la modalidad de aprendices a personas que hayan estado o se encuentren vinculadas laboralmente a la misma.

Artículo 36. Listado de oficios materia del contrato de aprendizaje. Podrán ser objeto del contrato de aprendizaje en cualquiera de sus modalidades, todos los oficios u ocupaciones que requieran de capacitación académica integral y completa para su ejercicio y se encuentren reconocidos como propios de formación educativa técnica- profesional, tecnológica o profesional universitaria titulada, de conformidad con los parámetros generales establecidos por las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 o normas que las sustituyan, modifiquen, adicionen, reglamenten o regulen de manera específica estas materias.

El SENA publicará periódicamente el listado de oficios y especialidades por región respecto de los cuales ofrece programas de formación profesional integral, sin perjuicio de que puedan ser objeto de este contrato de aprendizaje los oficios u ocupaciones que requiriendo de capacitación de conformidad con el inciso primero de este artículo, no cuenten con programas y cursos de formación impartidos por esta institución.

La etapa lectiva o de formación profesional integral de tales oficios podrá ser realizada en el SENA, en instituciones educativas o especializadas reconocidas por el Estado, o directamente en la empresa previa autorización del SENA, de conformidad con lo establecido por la presente reglamentación.

Artículo 37. Entidades de formación. La formación profesional y metódica de aprendices podrá ser impartida por las siguientes entidades:

1. Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.
2. Instituciones educativas debidamente reconocidas por el Estado. Se le dará prelación al SENA en los programas acreditados que brinde la entidad.
3. Directamente por las empresas que cumplan con las condiciones de capacitación señaladas en el artículo 41 de esta ley.
4. Las demás que sean objeto de reglamentación por parte del Consejo Directivo del SENA.

Parágrafo. Para los efectos legales, se entienden reconocidos por el SENA para la formación profesional de aprendices, todos los cursos y programas de formación y capacitación dictados por establecimientos especializados o instituciones

educativas reconocidos por el Estado, de conformidad con las Leyes 30/92 y 115/94 y demás que las complementen, modifiquen o adicionen.

Artículo 38. Reconocimiento para efectos de la formación profesional impartida directamente por la empresa. Las empresas que deseen impartir directamente la formación educativa a sus aprendices requerirán de autorización del SENA para dictar los respectivos cursos, para lo cual deberán cumplir las siguientes condiciones:

1. Ofrecer un contenido de formación lectiva y práctica acorde con las necesidades de la formación profesional integral y del mercado de trabajo.
2. Disponer de recursos humanos calificados en las áreas en que ejecuten los programas de formación profesional integral.
3. Garantizar, directamente o a través de convenios con terceros, los recursos técnicos, pedagógicos y administrativos que garanticen su adecuada implementación.

El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, deberá pronunciarse sobre la solicitud de autorización de estos cursos de formación profesional dentro de los 30 días hábiles siguientes a su presentación. Si no lo hiciere, se entenderá aprobada la solicitud.

En todo caso, la respuesta negativa por parte de la entidad deberá estar motivada con las razones por las cuales no se cumplen adecuadamente los requisitos e indicar de manera expresa las exigencias que deben ser subsanadas por la empresa para acceder a la autorización.

Parágrafo 1°. Las empresas cuyos cursos sean autorizados por el SENA, deberán encontrarse a paz y salvo con la entidad de seguridad social, ICBF, SENA y Cajas de Compensación, por todo concepto y mantener esta condición durante todo el tiempo de la autorización.

Parágrafo 2°. Conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 119 de 1994, el SENA ofrecerá regularmente programas de actualización para instructores, en los que podrán participar aquellos vinculados a las empresas autorizadas, pagando el costo que fije el SENA.

Parágrafo 3°. Las empresas que reciban autorización por parte del SENA para impartir la formación educativa, solicitarán el reembolso económico del costo de la formación, cuyo monto será definido por el SENA tomando en consideración los costos equivalentes en que incurre el SENA en cursos de formación similares. En ningún caso el monto reembolsable al año por empresa podrá superar el 50% del valor de los aportes parafiscales al SENA de la respectiva empresa.

Artículo 39. Distribución y alternancia de tiempo entre la etapa lectiva y productiva. La empresa y la entidad de formación podrán determinar la duración de la etapa productiva, al igual que su alternancia con la lectiva, de acuerdo con las necesidades de la formación del aprendiz y los requerimientos de la empresa. Para los técnicos o tecnólogos será de un (1) año.

La duración de formación en los programas de formación del SENA será la que señale el Director General de esta Institución, previo concepto del Comité de Formación Profesional Integral.

En el caso de cursos y programas impartidos por otras instituciones aprobadas por el Estado, el término máximo de formación lectiva será la exigida por la respectiva entidad educativa, de acuerdo con lo señalado por el Ministerio de Educación, para optar por el respectivo grado académico y/o técnico.

Los tiempos máximos que se fijen para la etapa de formación en la empresa autorizada, en ningún caso podrán ser superiores a los contemplados en la etapa de formación del SENA.

Artículo 40. Fondo Emprender. Créase el Fondo Emprender, FE, como una cuenta independiente y especial adscrita al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el cual será administrado por esta entidad y cuyo objeto exclusivo será financiar iniciativas empresariales que provengan y sean desarrolladas por aprendices o asociaciones entre aprendices, practicantes universitarios o profesionales que su formación se esté desarrollando o se haya desarrollado en instituciones que para los efectos legales, sean reconocidas por el Estado de conformidad con las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 y demás que las complementen, modifiquen o adicionen.

En el caso de las asociaciones estas tendrán que estar compuestas mayoritariamente por aprendices.

El Fondo Emprender se registrará por el Derecho privado, y su presupuesto estará conformado por el 80% de la monetización de la cuota de aprendizaje de que trata el artículo 34, así como por los aportes del presupuesto general de la nación, recursos financieros de organismos de cooperación nacional e internacional, recursos financieros de la banca multilateral, recursos financieros de organismos internacionales, recursos financieros de fondos de pensiones y cesantías y recursos de fondos de inversión públicos y privados.

Parágrafo. El Gobierno Nacional determinará dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de esta ley, las condiciones generales que sean necesarias para el funcionamiento de este fondo. La decisión de financiación de los proyectos

empresariales presentados al Fondo Emprender será tomada por el Consejo Directivo del SENA.

Artículo 41. Apoyo de sostenimiento. El SENA destinará el 20% de los recaudos generados por la sustitución de la cuota de aprendizaje en dinero que se refiere el artículo 34 de la presente Ley, a la cuenta “Apoyos de sostenimiento del presupuesto general de la entidad”, y con las siguientes destinaciones específicas:

a) Apoyo de sostenimiento durante las fases lectiva y práctica de los estudiantes del SENA que cumplan los criterios de rendimiento académico y pertenezcan a estratos 1 y 2;

b) Pago de la prima de la póliza de seguros que se establezca por el Gobierno Nacional para estos alumnos durante la fases lectiva y práctica;

c) Elementos de seguridad industrial y dotación de vestuario, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo. El Consejo Directivo Nacional del SENA reglamentará tanto el monto de los apoyos a conceder, la distribución en estos diversos conceptos, así como los criterios que permitan la operación de las condiciones antes establecidas para gozar de los mismos

Artículo 42. Sistema Nacional de Registro Laboral. El Gobierno Nacional expedirá el régimen de organización, administración y funcionamiento del sistema nacional de registro laboral cuya función será el control de la vinculación y desvinculación al trabajo y condición previa para el otorgamiento de los subsidios a que se refiere la presente ley, en los casos y las condiciones que determine el Gobierno Nacional.

CAPITULO VII

Protección de aportes y otras disposiciones

Artículo 43. Aportes a la seguridad social. Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

Artículo 44. Estímulos para el proceso de capitalización. Las empresas podrán definir un régimen de estímulos a través de los cuales los trabajadores puedan participar del capital de las empresas. Para éstos efectos, las utilidades que sean repartidas a través de acciones, no serán gravadas con el impuesto a la renta al empleador, hasta el equivalente del 10% de la utilidad generada.

Las utilidades derivadas de éstas acciones no serán sujetas a impuesto dentro de los 5 años en que sean transferidas al trabajador y éste conserve su titularidad, ni harán parte de la base para liquidar cualquier otro impuesto.

El Gobierno definirá los términos y condiciones en que las acciones deben permanecer en cabeza de los trabajadores, siendo condición para ser beneficiario el no devengar más de 10 salarios mínimos legales mensuales al momento en que se concrete la participación. Será condición del proceso el que se respete el principio de igualdad en cuanto a las oportunidades y condiciones en que se proyecte la operación frente a los trabajadores.

El Gobierno reglamentará los términos y condiciones adicionales que se requieran para la validez de esta operación y sus correspondientes efectos tributarios.

Artículo 45. A partir de la vigencia de la presente Ley, confórmese una Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo, previstas en la presente ley, conformada por dos (2) Senadores de la República, dos (2) Representantes a la Cámara, designadas por las Mesas Directivas de senado y cámara respectivamente, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por las centrales obreras y un delegado de los empleadores.

Parágrafo transitorio. La Comisión será nombrada por el término de cuatro (4) años, a partir de la vigencia de la presente ley.

Artículo 46. La Comisión de Seguimiento y Verificación de la políticas de generación de empleo, tendrá las siguientes funciones:

- a) Solicitar a todos los sectores empresariales la información de cada empleo adicional generado en su planta de personal;
- b) Recomendar permanentemente estudios estadísticos para determinar el número de creación de nuevos empleos formales;
- c) Rendir informes trimestrales de la disminución de la tasa de desempleo como consecuencia de la generación de empleo prevista en la presente ley;

d) Dar a conocer a la opinión pública por todos los medios de comunicación las empresas que han creado empleos adicionales con base en las medidas adoptadas a partir de la vigencia de la presente ley.

Conceptuar y analizar los proyectos de ley, con base en un diagnóstico y análisis de las políticas sociales del estado, presentado a más tardar el 30 de junio de cada año, las conclusiones y acciones para el fortalecimiento de una política integral de protección social de los colombianos, teniendo en cuenta su viabilidad institucional y financiera.

Parágrafo. Transcurridos dos años de la vigencia de la presente Ley, la Comisión de Seguimiento y Verificación aquí establecida presentará una completa evaluación de sus resultados. En ese momento el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo.

Artículo 47. Cesantías en el sector público. Los servidores públicos con Régimen de Retroactividad de Cesantías, podrán acogerse libremente al Régimen Anualizado de Cesantías, para lo cual las entidades darán aplicación a las disposiciones establecidas en el Decreto-ley 3118 de 1968, Leyes 50 de 1990 o 432 de 1998, sin que en ningún momento se desconozcan o lesionen sus derechos causados.

El Fondo Nacional de Ahorro podrá recibir los recursos de las cesantías de los Servidores Públicos.

El Estado en todas sus ramas, niveles, entidades y empresas, contará con 30 días a partir del 1° de enero de 2004, para colocar los recursos de las cesantías en los Fondos que los Servidores Públicos elijan en los términos antes previstos que se contarán a partir del momento en que el servidor público se acoja al régimen especial, que se contarán a partir del momento en que el servidor público se acoja al régimen especial. En caso de que no se pague en los términos previstos en este parágrafo, causará intereses moratorios a favor del trabajador, equivalentes a los establecidos en el artículo 635 del Estatuto Tributario los cuales deberán ser liquidados en el momento del pago.

Los Servidores Públicos que se vinculen a las ramas del poder público del orden Nacional, a los órganos y entidades que las integran y a los órganos autónomos e independientes, estarán sometidos a lo previsto en el inciso primero del artículo quinto de la Ley 432 del 29 de enero de 1998.

Así mismo, el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, vinculados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en los términos del presente artículo.

Artículo 48. Unidad de empresa. Se entenderá por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro. Las Unidades de producción o las personas jurídicas vinculadas económicamente a una misma persona natural o jurídica conservarán su independencia para efectos laborales y prestacionales, sin que entre ellas se desprenda una unidad de negocio o de empresa en ningún caso, así comercialmente conformen un grupo empresarial.

Artículo 49. Base para el cálculo de los aportes parafiscales. Interpretase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).

Lo anterior por cuanto la expresión actual de la norma “disminuido en un 30” ha dado lugar a numerosos procesos, pues no se sabe si debe ser multiplicado por 0.7 o dividido por 1.3.

Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la

celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

Parágrafo 1°. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación.

Parágrafo 2°. Será causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las Entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar.

Se podrá enervar la causal, mediante el pago de los recursos dejados de cubrir, incrementados con los correspondientes intereses de mora dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Parágrafo 3°. Para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones en forma oportuna y completa con el Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales y cuando sea del caso los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar.

Artículo 51. Jornada laboral flexible. Modifíquese el inciso primero del literal c) artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990 y adiciónese un nuevo literal d).

c) El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la

semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

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

Artículo 52. Derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Derógase el artículo 77 de la Ley 101 de 1993. Deróguense en particular los incisos 3° y 4° del párrafo único del artículo 181 de la Ley 223 de 1995 en lo tocante a mantener la exoneración del pago al SENA excepto para las Universidades Públicas.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Luis Alfredo Ramos Botero.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
Emilio Ramón Otero Dajud.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
William Vélez Mesa.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
Angelino Lizcano Rivera.

REPUBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y ejecútese.

Dada en Bogotá, D. C., a 27 de diciembre de 2002.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
Roberto Junguito Bonnet.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social,

Juan Luis Londoño de la Cuesta.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, encargado de las funciones del
Despacho del Ministro de Salud,
Juan Luis Londoño de la Cuesta.